

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. FENNELLY
van 9 oktober 1997 *

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding	I - 3034
II — Toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht	I - 3034
III — De precontentieuze procedure	I - 3036
IV — Ontvankelijkheid	I - 3037
a) Verzuim acht te slaan op het antwoord van Nederland op het met redenen omkleed advies	I - 3037
b) Aard van de verplichting ingevolge artikel 4, lid 1, van de richtlijn	I - 3038
c) Nieuwe grieven	I - 3038
d) Beroep op een lijst die na met redenen omkleed advies is opgesteld	I - 3039
V — Ten gronde	I - 3040
a) Argumenten van partijen	I - 3040
i) Aantal en totale oppervlakte van de SBZ's	I - 3040
ii) Achteruitgang van de populatie	I - 3042
b) Standpuntbepaling	I - 3042
i) Uitlegging van artikel 4, lid 1, van de richtlijn	I - 3042
ii) Bcoordelingsmarge van de lidstaten	I - 3045
iii) De bewijskracht van de lijsten van belangrijke vogelgebieden	I - 3048
iv) De niet-nakoming van artikel 4, lid 1	I - 3052
VI — Conclusie	I - 3053

* Oorspronkelijke taal: Engels.

I — Inleiding

1. Met de onderhavige inbreukprocedure krachtens artikel 169 EG-Verdrag beoogt de Commissie te doen vaststellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden de ingevolge artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand¹ op hem rustende verplichting om voor bedreigde in het wild levende vogelsoorten speciale beschermingszones (hierna: „SBZ's”) aan te wijzen, niet in voldoende mate is nagekomen. Nederland betwist de ontvankelijkheid van het beroep van de Commissie en concludeert tot afwijzing van haar verzoeken.

II — Toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht

2. Het doel en de systematiek van de richtlijn zijn het Hof genoegzaam bekend², zodat ik hieronder enkel de bepalingen zal behandelen die voor de onderhavige zaak rechtstreeks van belang zijn.

3. Na de ontstaansgeschiedenis en de doelstelling van de richtlijn te hebben gerelateerd, vervolgt de considerans met de overweging „dat het voor het behoud van alle vogelsoor-

ten noodzakelijk is verblijfplaatsen te beschermen, in stand te houden en te herstellen die voldoende gediversificeerd zijn en qua oppervlakte toereikend; dat voor bepaalde vogelsoorten speciale beschermingsmaatregelen ten aanzien van de verblijfplaatsen dienen te worden getroffen om hun voortbestaan en voortplanting in het verspreidingsgebied veilig te stellen; dat bij deze maatregelen ook de trekvogels inbegrepen zouden moeten worden, en dat deze maatregelen gecoördineerd dienen te worden met het oog op de vorming van een coherent geheel” (negende overweging).

4. Artikel 1 wordt nader uitgewerkt in artikel 2, dat als volgt luidt:

„De lidstaten nemen alle nodige maatregelen om de populatie van de in artikel 1 bedoelde soorten op een niveau te houden of te brengen dat met name beantwoordt aan de ecologische, wetenschappelijke en culturele eisen, waarbij zij tevens rekening houden met economische en recreatieve eisen.”

5. De voornaamste materiële bepalingen in deze zaak zijn de artikelen 3 en 4. Ingevolge artikel 3, lid 1, zijn de lidstaten verplicht „alle nodige maatregelen [te nemen] om voor alle in artikel 1 bedoelde vogelsoorten een voldoende gevarieerdheid van leefgebieden en een voldoende omvang ervan te beschermen, in stand te houden of te herstellen”; deze verplichting moet worden nagekomen „met inachtneming van de in artikel 2 genoemde eisen”. Artikel 3, lid 2, noemt de maatregelen die in de eerste plaats moeten

1 — PB L 103, blz. 1; hierna: „richtlijn”.

2 — De richtlijn wordt uitvoerig besproken in de punten 11-23 van mijn conclusie bij het arrest van 11 juli 1996, *Royal Society for the Protection of Birds* (hierna: „RSPB”), (C-44/95, Jurispr. blz. I-3805).

worden getroffen ter verwezenlijking van de in het voorgaande lid genoemde doelstellingen, waaronder de „instelling van beschermingszones” en „onderhoud en ruimtelijke ordening overeenkomstig de ecologische eisen van leefgebieden binnen en buiten de beschermingszones”.

d) andere soorten die vanwege de specifieke kenmerken van hun leefgebied speciale aandacht verdienen.

Bij de beoordeling wordt rekening gehouden met de tendensen en de schommelingen van het populatiepeil.

6. Omdat artikel 4 in deze zaak centraal staat, lijkt het mij zinvol, dit in zijn geheel aan te halen:

„1. Voor de leefgebieden van de in bijlage I vermelde soorten worden speciale beschermingsmaatregelen getroffen, opdat deze soorten daar waar zij nu voorkomen, kunnen voortbestaan en zich kunnen voortplanten.

De lidstaten wijzen met name de naar aantal en oppervlakte voor de instandhouding van deze soorten meest geschikte gebieden als speciale beschermingszones aan, waarbij rekening wordt gehouden met de bescherming die deze soorten in de geografische zee- en landzone waar deze richtlijn van toepassing is, behoeven.

In dat verband wordt gelet op:

- a) soorten die dreigen uit te sterven;
- b) soorten die gevoelig zijn voor bepaalde wijzigingen van het leefgebied;
- c) soorten die als zeldzaam worden beschouwd omdat hun populatie zwak is of omdat zij slechts plaatselijk voorkomen;

2. De lidstaten nemen soortgelijke maatregelen ten aanzien van de niet in bijlage I genoemde en geregeld voorkomende trekvogels, waarbij rekening wordt gehouden met de behoeften van het gebied van bescherming in de geografische zee- en landzone waar deze richtlijn van toepassing is, ten aanzien van hun broed-, rui- en overwinteringsgebieden en rustplaatsen in hun trekzones. Met het oog hierop besteden de lidstaten zelf bijzondere aandacht aan de bescherming van watergebieden en in het bijzonder aan de watergebieden van internationale betekenis.

3. De lidstaten zenden de Commissie alle nuttige gegevens, zodat zij de geëigende initiatieven kan nemen voor de coördinatie die

nodig is om te bereiken dat de zones bedoeld in lid 1, enerzijds, en in lid 2, anderzijds, een samenhangend geheel vormen dat voldoet aan de eisen inzake bescherming van de soorten in de geografische zee- en landzone waar deze richtlijn van toepassing is.

nisgeving van deze richtlijn aan deze richtlijn te voldoen". Voor Nederland eindigde deze termijn op 6 april 1981.⁴

III — De precontentieuze procedure

4. De lidstaten nemen passende maatregelen om vervuiling en verslechtering van de woongebieden in de in de leden 1 en 2 bedoelde beschermingszones te voorkomen, alsmede om te voorkomen dat de vogels aldaar worden gestoord, voor zover deze vervuiling, verslechtering en storing, gelet op de doelstellingen van dit artikel, van wezenlijke invloed zijn. Ook buiten deze beschermingszones zetten de lidstaten zich in om vervuiling en verslechtering van de woongebieden te voorkomen."

7. Artikel 4, lid 4, van de richtlijn is gewijzigd bij artikel 7 van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.³ Deze wijziging is voor deze zaak evenwel niet van rechtstreeks belang.

8. Overeenkomstig artikel 18 van de richtlijn moesten de lidstaten „de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking [doen] treden om binnen twee jaar na ken-

9. Op 25 september 1989 zond de Commissie Nederland een aanmaningsbrief inzake drie vermeende inbreuken op het Verdrag en de richtlijn; daarvan was alleen de eerste, het niet in voldoende mate aanwijzen van SBZ's, aanleiding tot het inleiden van de onderhavige procedure. Nederland ontkende de vermeende inbreuken in zijn antwoordbrief van 29 december 1989.

10. Op 14 juni 1993 werd Nederland een met redenen omkleed advies toegezonden, waarin werd herhaald dat het voor de in bijlage I genoemde bedreigde vogelsoorten niet in voldoende mate SBZ's had aangewezen. In het met redenen omkleed advies was een termijn van tweede maanden gesteld, te rekenen vanaf de datum van kennisgeving, om alsnog aan de richtlijn te voldoen. Nederland stelt, dat het op dit met redenen omkleed advies heeft gereageerd (brief van 1 december 1993, bijlage I bij het verweerschrift); de Commissie beweert nooit een reactie op het met redenen omkleed advies te hebben ontvangen. De onderhavige procedure is aanhangig

3 — PB L 206, blz. 7, hierna de „habitatrichtlijn”.

4 — Arrest van 13 oktober 1987, Commissie/Nederland (236/85, Jurispr. blz. 3989, punt 2).

gemaakt bij een op 5 januari 1996 ter griffie van het Hof ingeschreven verzoekschrift.

IV — Ontvankelijkheid

11. Nederland betwist de ontvankelijk van het beroep op vier onderscheiden gronden.

a) Verzuim acht te slaan op het antwoord van Nederland op het met redenen omkleed advies

12. Nederland stelt, dat de Commissie geen acht heeft geslagen op de Nederlandse reactie op het met redenen omkleed advies en dat zij daarmee afbreuk heeft gedaan aan het recht van verweer, zodat het beroep in zijn geheel niet-ontvankelijk moet worden verklaard. De Commissie verklaart, dat het enige nieuwe element in de antwoordbrief van 1 december 1993 de mededeling was, dat er drie nieuwe SBZ's waren aangewezen, waaronder de in het met redenen omkleed advies uitdrukkelijk genoemde Deurnese Peel, en zegt, in haar verzoekschrift met deze nieuwe feitelijke situatie rekening te hebben gehouden. Voorts betoogt zij, dat de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn is bedoeld om de betrokken lidstaat een laatste kans te geven om alsnog aan de gemeenschapsvoorschriften te voldoen, en niet om nogmaals zijn standpunt uiteen te zetten. Nederland werpt tegen, dat in de

brief ook juridische argumenten werden aangevoerd — waaraan de Commissie is voorbijgegaan — met name ter rechtvaardiging van de omstandigheid dat bepaalde plaatsen niet als SBZ waren aangewezen, en dat de Commissie de Nederlandse regering ten minste had moeten vragen, waarom dit niet was gebeurd, temeer daar Nederland tweemaal om verlenging van de gestelde termijn had verzocht.

13. Wil dit betoog slagen, dan zal Nederland moeten aantonen, dat artikel 169 aldus moet worden uitgelegd, dat de Commissie verplicht is rekening te houden met een eventueel antwoord van een lidstaat op een met redenen omkleed advies. Een dergelijke verplichting kan mijns inziens niet uit deze bepaling worden afgeleid. Alleen indien de betrokken lidstaat het met redenen omkleed advies binnen de gestelde termijn *opvolgt*, impliceert dit, dat de Commissie geen zaak meer aanhangig kan maken bij het Hof.⁵ Het Hof heeft weliswaar beslist, dat de Commissie in haar met redenen omkleed advies rekening moet houden met de opmerkingen die de verwerende lidstaat naar aanleiding van de aanmaningsbrief heeft gemaakt⁶, doch deze verplichting sluit nauw aan bij de redactie van artikel 169 en biedt Nederland in casu geen soelaas. Bovendien is het zo dat, hoewel Nederland terecht aanvoert, dat de precontentieuze procedure ten doel heeft „de betrokken lidstaat in de gelegenheid te stellen, de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen na te komen en verweer te voeren tegen de door de Commissie geformuleerde grieven”⁷, deze omstandigheid

5 — Zie bijvoorbeeld arrest van 31 maart 1992, Commissie/Italië (C-362/90, Jurispr. blz. I-2353).

6 — Beschikking van 11 juli 1995, Commissie/Spanje (C-266/94, Jurispr. blz. I-1975).

7 — Arrest van 2 juli 1996, Commissie/Luxemburg (C-473/93, Jurispr. blz. I-3207, punt 19).

geenszins van invloed is op de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep. Indien het Nederlandse standpunt zou worden aanvaard, zou een lidstaat louter door niet op het met redenen omkleed advies te reageren, immers kunnen verhinderen dat de Commissie een zaak aanhangig maakt bij het Hof. Ik ben dan ook van mening, dat dit Nederlandse argument tegen de ontvankelijkheid moet worden verworpen.

c) Nieuwe grieven

15. In de derde plaats stelt verweerder, dat de Commissie het verwijt dat de SBZ's zowel qua totale oppervlakte als in kwalitatief opzicht tekortschieten, alsmede haar specifieke verwijten met betrekking tot de Friese IJsselmeerkust en de Hooge Platen aan de Westerschelde, eerst in het verzoekschrift kenbaar had gemaakt, zodat Nederland geen gelegenheid had gehad om reeds in de precontentieuze fase op deze verwijten in te gaan.

b) Aard van de verplichting ingevolge artikel 4, lid 1, van de richtlijn

14. Het tweede argument van Nederland tegen de ontvankelijkheid van het beroep is dat de vermeende inbreuk niet een eenmalig handelen of nalaten betreft, maar een reeks afzonderlijk te nemen aanwijzingsbeslissingen. Omdat de Commissie geen specifieke, onderbouwde niet-nakomingen van de aanwijzingsverplichting ingevolge artikel 4, lid 1, van de richtlijn had genoemd, zou Nederland in zijn antwoord op de aanmaningsbrief of het met redenen omkleed advies niet op specifieke verwijten hebben kunnen ingaan. De punten die hier met betrekking tot de ontvankelijkheid worden aangevoerd, betreffen naar mijn oordeel de uitlegging van artikel 4, lid 1, van de richtlijn. Omdat hiermee de kern van de stelling van de Commissie wordt bestreden, dienen deze argumenten tezamen met de zaak ten gronde te worden onderzocht.

16. In haar aanmaningsbrief had de Commissie Nederland er uitdrukkelijk op gewezen, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen, dat de door hen aangewezen gebieden zowel in aantal als naar oppervlakte in overeenstemming zijn met artikel 4. Tevens had zij twee gebieden genoemd (het Markermeer en de Deurnese Peel) die volgens haar als SBZ moesten worden aangewezen. Ditzelfde standpunt werd in het met redenen omkleed advies herhaald. Voor zover in het verzoekschrift wordt gesteld, dat Nederland zijn verplichtingen ingevolge artikel 4, lid 1, van de richtlijn niet is nagekomen omdat de totale oppervlakte van de aangewezen SBZ's ontoereikend is, acht ik het verzoekschrift ontvankelijk. Gelet op de algemene bewoordingen van het verzoekschrift, waarin het Hof wordt verzocht een inbreuk op de richtlijn en op de artikelen 5 en 189 EG-Verdrag vast te stellen op de enkele grond dat Nederland in onvoldoende mate SBZ's heeft aangewezen, ben ik het met de Commissie eens, dat de verwijzingen naar de Friese IJsselmeerkust en de Hooge Platen louter voorbeelden zijn ter illustratie van de beweerdte niet-nakoming, en dat het Hof niet wordt

verzocht om een concrete vaststelling met betrekking tot deze twee gebieden.

buiten beschouwing te worden gelaten voor zover de Commissie zich daarop baseert om een inbreuk op de richtlijn aan te tonen.

17. Ik acht de Commissie echter niet-ontvankelijk in haar grief betreffende de financiering die Nederland voor deze twee gebieden heeft ontvangen krachtens verordening (EEG) nr. 1872/84 van de Raad van 28 juni 1984 inzake communautaire acties voor het milieu⁸, aangezien geen van beide gebieden in de aanmaningsbrief of het met redenen omkleed wordt genoemd.⁹

19. De Commissie betoogt, dat haar stellingen zijn gebaseerd op de IBA 89 en dat zij niet op de IBA 94 had hoeven steunen. Zij verbaast zich erover, dat Nederland haar lijkt te verwijten dat zij zich op alle beschikbare wetenschappelijke gegevens beroept, en in het bijzonder op het meest recente onderzoek, waarvan de betrouwbaarheid in deze procedure overigens niet wordt betwist.

d) Beroep op een lijst die na met redenen omkleed advies is opgesteld

18. Het laatste door verweerder aangevoerde argument tegen de ontvankelijkheid betreft de omstandigheid, dat de Commissie zich baseert op een lijst met de belangrijkste vogelgebieden in Nederland die in december 1994 is gepubliceerd (hierna: „IBA 94”), dat wil zeggen bijna achttien maanden na de toezending van het met redenen omkleed advies. Omdat verweerder in de precontentieuze fase geen opmerkingen over deze lijst heeft kunnen maken, dient de IBA 94 volgens hem

20. Volgens vaste rechtspraak van het Hof „moet de vraag of verplichtingen niet zijn nagekomen, worden beoordeeld naar de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het eind van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, en kan het Hof met sedertdien opgetreden wijzigingen geen rekening houden”.¹⁰ Deze termijn eindigde twee maanden na de datum waarop Nederland van het met redenen omkleed advies in kennis werd gesteld, te weten 14 augustus 1993. Voor zover het de vóór die datum in Nederland heersende situatie betreft, zou de IBA 94 mijn inziens als bewijs van de gestelde inbreuk op de richtlijn kunnen worden toegelaten. De Commissie heeft echter nooit beweerd, dat de IBA 94 of een gedeelte daarvan betrekking heeft op die periode. Ik ben dan ook van mening, dat de Commissie zich niet op de IBA 94 mag baseren om de

⁸ — PB L 176, blz. 1.

⁹ — Deze stelling van de Commissie lijkt veeleer betrekking te hebben op een niet-nakoming van haar beschikking van 27 mei 1987, en niet zozeer op een inbreuk op de richtlijn.

¹⁰ — Zie bijvoorbeeld arrest van 12 december 1996, Commissie/Italië (C-302/95, Jurispr. blz. I-6765, punt 13).

vermeende inbreuk te bewijzen, omdat deze de situatie in Nederland van ná de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn weergeeft.

vervuld. De Commissie baseert zich hierbij hoofdzakelijk op twee factoren, die beide door verweerder worden betwist, met ondersteuning van de Bondsrepubliek Duitsland.

21. De Commissie stelt voorts, dat de door Nederland aangewezen SBZ's niet aan de in de richtlijn geformuleerde kwalitatieve criteria voldoen. Er zouden volgens haar met name te weinig zoetwatermeren en-moerassen en heidegebieden als SBZ zijn aangemerkt. Het enige bewijs dat de Commissie tot staving van dit specifieke onderdeel van het petitum aanvoert, heeft zij aan de IBA 94 ontleend, zodat zij naar mijn oordeel op dit punt niet-ontvankelijk is.

i) Aantal en totale oppervlakte van de SBZ's

23. In een in 1989 door de International Council of Bird Preservation opgestelde lijst (hierna: „IBA 89”) werden 70 gebieden in Nederland met een oppervlakte van 797 920 ha genoemd die op grond van ornithologische criteria in aanmerking kwamen voor aanwijzing als SBZ. De IBA 94, een in december 1994 door een aantal Nederlandse organisaties geactualiseerde versie van de IBA 89, noemde 87 gebieden met een oppervlakte van 1 089 357 geschikt om als SBZ te worden aangemerkt. Een lijst van het Nederlandse Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij uit 1991, waarvan de Commissie de betrouwbaarheid betwist, bevatte 53 geschikte gebieden met een oppervlakte van 398 180 ha.

V — Ten gronde

a) *Argumenten van partijen*

22. De Commissie heeft haar stelling in algemene bewoordingen geformuleerd: Nederland is de ingevolge artikel 4, lid 1, van de richtlijn op hem rustende verplichting niet in voldoende mate nagekomen. Volgens haar verlangt deze bepaling van de lidstaten, dat zij voldoende SBZ's aanwijzen om alle in bijlage I genoemde vogelsoorten voldoende bescherming te kunnen bieden. Het feit dat de populatie van enkele van deze vogelsoorten in een bepaalde lidstaat is achteruitgegaan, is reden om te veronderstellen, dat deze verplichting niet naar behoren is

24. Volgens de Commissie heeft Nederland 23 SBZ's aangewezen met een totale oppervlakte van 327 602 ha. Daarmee heeft het duidelijk niet aan de kwantitatieve eisen van artikel 4, lid 1, voldaan. De 23 aangewezen SBZ's komen overeen met 33 van de in de IBA 89 genoemde gebieden, oftewel minder dan de helft van de 70 daarin opgenomen gebieden, terwijl deze SBZ's ook in oppervlakte nog niet de helft van de in de IBA 89 aangegeven oppervlakte bestrijken. Bovendien meet één SBZ, namelijk de Waddenzee, alleen al circa 250 000 ha, zodat voor de overige SBZ nog slechts 77 602 ha overblijft,

hetgeen ontoereikend is om een groot aantal van de in bijlage I genoemde vogelsoorten voldoende bescherming te bieden. Wanneer Nederlands tekortkomingen op dit punt met de IBA 94 worden vergeleken, blijken de verhoudingen nog schever te zijn: van de 87 in aanmerking komende gebieden zijn er slechts 35, nog geen derde van de totale oppervlakte, als SBZ aangewezen.

25. Kern van het Nederlandse verweer is, dat het op grond van artikel 4, lid 1, niet verplicht is een bepaald aantal SBZ's of een bepaalde totale oppervlakte als SBZ aan te wijzen. De aanwijzing van SBZ's is volgens Nederland slechts een van de maatregelen die een lidstaat kan nemen ter uitvoering van artikel 4, lid 1; van niet-nakoming kan alleen sprake zijn indien een lidstaat geen speciale beschermingsmaatregelen heeft getroffen. Het totaal van de met betrekking tot een bepaald leefgebied getroffen maatregelen is derhalve beslissend. Verweerder vermeldt een reeks andere relevante beschermingsmaatregelen, waaronder de Wet houdende voorziening in het belang van de natuurbescherming¹¹, de aankoop van gebieden door natuurbeschermingsorganisaties, het sluiten van beheersovereenkomsten met landbouworganisaties, het aanwijzen van watergebieden krachtens de Conventie van Ramsar (Verdrag inzake watergebieden van internationale betekenis, in het bijzonder als verblijfplaats voor watervogels)¹² en de Nederlandse soortbeschermingsplannen.

26. Nederland komt tot de slotsom, dat op 40 % van de totale oppervlakte en op 40 van de 87 gebieden (46 %) als genoemd in de IBA 94 beschermingsmaatregelen van toepassing zijn. Nu de Commissie slechts twee gebieden noemt die als SBZ hadden moeten worden aangewezen, heeft zij bovendien niet aangetoond, dat Nederland de discretionaire marge heeft overschreden waarover het krachtens de richtlijn beschikt bij de keuze van de „meest geschikte gebieden”; het Hof heeft erkend, dat de lidstaten beter dan de Commissie kunnen uitmaken welke van de in bijlage I genoemde vogelsoorten op hun grondgebied voorkomen. De Commissie heeft evenmin de juistheid van de bij de keuze van de SBZ's door Nederland gehanteerde criteria betwist; dat de drie genoemde lijsten onderling verschillen, toont aan dat de toepassing van deze criteria verschillende resultaten kan opleveren en dat deze resultaten aan schommelingen onderhevig zijn. Ten aanzien van de door de Commissie ingeroepen norm, dat de lidstaten ten minste de helft van de geschikte leefgebieden op hun grondgebied als SBZ moeten aanmerken, stelt verweerder, daarin gesteund door Duitsland, dat deze niet in de richtlijn voorkomt.

27. De Commissie werpt tegen, dat artikel 4, lid 1, concreet verplicht tot het aanwijzen van SBZ's, welke verplichting niet kan worden nagekomen met de vaststelling van andere maatregelen. Voorts stelt zij, dat Nederland niet heeft aangetoond, dat de maatregelen waarop het zich beroept de betrokken vogelsoorten een voldoende mate van bescherming bieden.

11 — *Srbl.* 572, 1967.

12 — Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat, United Nations Treaty Series, Volume 996, blz. 245; zie ook aanbeveling 75/66/EEG van de Commissie van 20 december 1974 aan de lidstaten inzake de bescherming van vogels en hun woongebieden (PB 1975, L 21, blz. 24).

ii) Achteruitgang van de populatie

28. Om te bewijzen dat Nederland in zijn beschermingspeil tekortschiet, noemt de Commissie negen bedreigde vogelsoorten waarvan de populatie tussen 1981 en 1990 met 50 % is achteruitgegaan en die gewoonlijk voorkomen in IBA 94-gebieden, die evenwel niet als SBZ zijn aangemerkt. Hoewel de Commissie uitdrukkelijk toegeeft, dat een achteruitgang van de populatie op zichzelf nog niet betekent, dat een lidstaat zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 4, lid 1, niet is nagekomen, met name niet voor soorten die elders overwinteren, betoogt zij, dat dit wel kan worden gezegd met betrekking tot niet-trekkende soorten zoals het korhoen (*Tetrao tetrix*) en de roerdomp (*Botauris stellaris*). Zij beroept zich op de zaak „moerassen van Santoña”, waarin is beslist, dat de verplichting om bedreigde vogelsoorten te beschermen reeds bestaat voordat een achteruitgang is vastgesteld.¹³

29. Verweerder betoogt, dat vogelpopulaties van nature fluctueren, en noemt acht soorten die sterk in aantal zijn toegenomen en één soort, de grote zilverreiger (*Egretta alba*), die voor het eerst in Nederland is waargenomen. Van de door de Commissie genoemde soorten overwinteren er bovendien vier in de waterrijke gebieden in de Afrikaanse Sahelzone, zodat de daling wellicht te wijten is aan de situatie aldaar; omdat de populaties

van alle genoemde soorten in bijna alle Europese landen zijn achteruitgegaan, is het onjuist om alleen Nederland daarop aan te spreken. Het aanwijzen van SBZ's biedt in ieder geval geen garanties tegen achteruitgang, zoals de roerdomp laat zien: hoewel meer dan 10 % van de populatie van deze vogelsoort in Nederland in SBZ's leeft, is de totale populatie in de desbetreffende periode flink achteruitgegaan. De populatie van vijf van de genoemde soorten, waaronder het korhoen, heeft zich de laatste jaren gestabiliseerd.

b) Standpuntbepaling

i) Uitlegging van artikel 4, lid 1, van de richtlijn

30. Allereerst moet worden vastgesteld, wat de juiste uitlegging van artikel 4, lid 1, van de richtlijn is. Volgens Nederland is het aanwijzen van SBZ's een belangrijke beschermingsmaatregel, maar schrijft de bepaling dat niet dwingend voor; van niet-nakoming van artikel 4, lid 1, kan alleen sprake zijn, indien een lidstaat geen speciale beschermingsmaatregelen heeft getroffen. Dit betekent, dat de loutere constatering dat een lidstaat naar aantal en oppervlakte minder dan de helft van de gebieden als SBZ heeft aangemerkt, niet voldoende is om te doen vaststellen, dat die lidstaat de krachtens de richtlijn om hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

13 — Arrest van 2 augustus 1993, Commissie/Spanje (C-355/90, Jurispr. blz. I-4221, punt 15).

Nederland beschrijft een aantal andere beschermingsmaatregelen die het heeft getroffen en stelt dat het daarmee aan de richtlijn heeft voldaan.

31. De Commissie legt artikel 4, lid 1, totaal anders uit. De bepaling schept haars inziens de concrete verplichting, een voldoende aantal SBZ's met een toereikende totale oppervlakte aan te wijzen om het voortbestaan en de voortplanting van de in bijlage I genoemde vogelsoorten in hun verspreidingsgebied te kunnen garanderen. Hoewel zij van oordeel is, dat iedere lidstaat eigenlijk alle in de IBA 89 en IBA 94 genoemde gebieden als SBZ zou moeten aanmerken, erkent zij, dat de richtlijn niet zo ver gaat en dat de lidstaten op dit punt over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikken. Maar wanneer naar aantal en oppervlakte nog niet de helft van de in lijsten van belangrijke vogelgebieden opgenomen zones als SBZ is aangemerkt, is volgens haar zonder meer sprake van een inbreuk op artikel 4, lid 1.

32. Het nogal extreme standpunt dat Nederland huldigt, lijkt mij niet te worden geschraagd door de letter of de geest van de richtlijn en ook in de rechtspraak van het Hof op dit gebied is hiervoor geen steun te vinden. „De bescherming, de instandhouding en het herstel van biotopen en leefgebieden”, waaronder de instelling van beschermingszones, is een verplichting die overeenkomstig artikel 3, lid 2, sub a, van de richtlijn geldt voor *alle* onder de richtlijn vallende in het

wild levende vogelsoorten. De vierde alinea van artikel 4, lid 1, schrijft voor, dat de lidstaten „met name de naar aantal en oppervlakte voor de instandhouding van deze [in bijlage I genoemde] soorten meest geschikte gebieden als speciale beschermingszones aan[wijzen]”. Uit de woorden „met name” blijkt naar mijn mening, dat deze zin aldus moet worden uitgelegd, dat de lidstaten in het kader van de door hen te treffen maatregelen om het voortbestaan en de voortplanting van deze bedreigde vogelsoorten veilig te stellen, ten minste de meest geschikte gebieden als SBZ moeten aanwijzen. Willen de lidstaten de meer algemene verplichting van artikel 4, lid 1, eerste alinea, volledig nakomen, dan zullen zij daarnaast ook andere gebieden als SBZ moeten aanmerken en/of andere speciale beschermingsmaatregelen moeten treffen. Waar het hier om gaat, is dat op de lidstaten de specifieke verplichting rust om *de meest geschikte gebieden* als SBZ aan te wijzen.

33. Het logische gevolg van de Nederlandse uitleggingsvariant van de verplichtingen ingevolge artikel 4, lid 1, is, dat een lidstaat zich aan zijn aanwijzingsverplichting zou kunnen onttrekken door te beweren, dat de overige speciale beschermingsmaatregelen voldoende zijn om het voortbestaan en de voortplanting van de bedreigde soorten veilig te stellen. De lidstaten zouden zich aldus kunnen onttrekken aan de ingevolge artikel 4, lid 4, op hen rustende verplichtingen om passende maatregelen te nemen ter voorkoming van verslechtering van leefgebieden of van verstoring van de vogels in de beschermingszones. Door een dergelijke uitlegging zou ook artikel 4, lid 3, van alle zin worden ontbloot, omdat er dan geen speciale beschermingszones zijn die een „samenhangend geheel” zouden kunnen vormen.

34. Nederlands uitlegging strookt naar mijn mening ook niet met de rechtspraak van het Hof. In de zaak „moerassen van Santoña” betoogde Spanje, dat het in voldoende mate aan zijn verplichtingen ingevolge artikel 4, lid 1, had voldaan, doordat het (een gedeelte van) de desbetreffende gebieden als natuurreserveaat had aangemerkt en in ieder geval meer SBZ's op zijn grondgebied had ingesteld met een grotere totale oppervlakte dan enige andere lidstaat.¹⁴ Met zijn oordeel dat „voor de aanwijzing van [SBZ's] (...) bepaalde in de richtlijn aangegeven ornithologische criteria [gelden], zoals de aanwezigheid van de in bijlage I genoemde vogelsoorten enerzijds, en de aanduiding van een leefgebied als watergebied anderzijds”¹⁵, heeft het Hof artikel 4, lid 1, mijns inziens duidelijk in die zin uitgelegd, dat deze bepaling een op zichzelf staande verplichting tot het instellen van SBZ's inhoudt, en tegelijkertijd de omstandigheden aangegeven waaronder deze verplichting geldt. In ditzelfde arrest heeft het Hof meer in het algemeen verklaard, dat „de artikelen 3 en 4 van de richtlijn (...) de lidstaten [verplichten] de leefgebieden als zodanig, wegens hun ecologische waarde, te beschermen, in stand te houden en te herstellen”¹⁶, waarmee het verduidelijkt, dat de bescherming van leefgebieden in de richtlijn centraal staat.

35. De uitlegging van artikel 4, lid 1, die Nederland voorstelt, gaat tevens voorbij aan het specifieke karakter van de verplichting om beschermingszones aan te wijzen voor de in bijlage I genoemde vogelsoorten, waardoor op dit punt op die soorten dezelfde

regeling wordt toegepast als krachtens artikel 3 voor de overige in het wild levende vogelsoorten (behalve trekvogels) geldt. Een dergelijke opvatting heeft het Hof uitdrukkelijk verworpen in de zaak RSPB, waarin het verklaarde: „Artikel 4 (...) voorziet voor zowel de in bijlage I genoemde soorten als voor de trekvogels in een specifiek op deze vogels gericht en versterkt stelsel van beschermingsmaatregelen, dat wordt gerechtvaardigd door het feit dat het hier gaat om de meest bedreigde soorten, respectievelijk soorten die een gemeenschappelijk erfgoed van de Gemeenschap vormen”.¹⁷

36. Gelet op het voorgaande, ben ik van mening, dat de vierde alinea van artikel 4, lid 1, de lidstaten een op zichzelf staande verplichting oplegt om de meest geschikte gebieden als SBZ aan te wijzen, daarbij rekening houdend met de bescherming die de in bijlage I genoemde soorten in het toepassingsgebied van de richtlijn behoeven. Deze verplichting geldt mijns inziens voor *alle* „meest geschikte gebieden”, doch niet noodzakelijkerwijs alle leefgebieden waarin zich voor de in bijlage I genoemde soorten geschikte levensomstandigheden voordoen; de Raad heeft de lidstaten niet vrij gelaten om als meest geschikt aangemerkte gebieden *niet* als SBZ aan te wijzen, noch een minimumaantal SBZ's vastgesteld, zoals wel is voorgesteld voor de habitatrichtlijn.¹⁸ Dit past bij het specifieke karakter van de regeling voor bijlage I-vogels, waarop ik zojuist heb gewezen; zoals uit de negende overweging van de considerans blijkt, gaat het om vogelsoorten die rechtstreeks in hun voort-

14 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 13; conclusie van advocaat-generaal Van Gerven, punt 14 (Jurispr. blz. I-4249).

15 — *Ibidem*, punt 26.

16 — *Ibidem*, punt 15.

17 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 2, punt 23.

18 — Arrest van 28 februari 1991, Commissie/Duitsland (hierna: „zaak Leybucht”) (C-57/89, Jurispr. blz. I-883, blz. I-914; conclusie van advocaat-generaal Van Gerven, punt 26, voetnoot 24.

bestaan worden bedreigd. Hieronder zal blijken, dat de beslissing, welke gebieden naar aantal en oppervlakte het meest geschikt zijn, door de lidstaten moet worden genomen, en wel aan de hand van ornithologische criteria.

37. Voorts betoogt Nederland, dat artikel 4, lid 1, niet een algemene verplichting inhoudt, maar een veelheid aan afzonderlijk te nemen aanwijzingsbeslissingen impliceert. Daar de Commissie niet is geslaagd in het bewijs van een niet-nakoming van de aanwijzingsverplichting met betrekking tot een afzonderlijk gebied, concludeert het tot afwijzing van het verzoek.

38. Artikel 4, lid 1, houdt zowel algemene verplichtingen, als specifieke verplichtingen met betrekking tot afzonderlijke gebieden in. Of in het bijzonder wordt voldaan aan de eis dat de „naar aantal” meest geschikte gebieden als SBZ moeten worden aangewezen, kan enkel worden getoetst door na te gaan, in hoeverre een lidstaat artikel 4, lid 1, vierde alinea, over de gehele linie naleeft; bij de aanwijzing van een afzonderlijk gebied is geschiktheid naar aantal niet van belang. Het andere criterium is in het Engels enigszins vaag weergegeven („most suitable ... in size”) en lijkt niet te stroken met de negende overweging van de considerans en met enkele andere taalversies. De Franse versie luidt bijvoorbeeld „les plus appropriées ... en superficie”, wat overeenkomt met „most suitable ... in area”, terwijl in het Nederlands wordt

gesproken van „naar (...) oppervlakte (...) meest geschikte gebieden”, hetgeen een soortgelijke connotatie heeft.¹⁹ Begrepen in de zin van „area” (gebiedsgrootte), kan dit criterium zowel bij een algemene als bij een specifieke toetsing van de naleving van artikel 4, lid 1, worden gehanteerd. Ook de eis dat de lidstaten rekening moeten houden met de tendensen en de schommelingen van het populatiepeil en met de mate waarin de in bijlage I genoemde vogelsoorten in het toepassingsgebied van de richtlijn worden beschermd, duidt erop, dat de Commissie zowel bij een algemene, als bij een specifieke niet-nakoming van de aanwijzingsverplichting tegen een lidstaat kan optreden; populatiecijfer en Europees beschermingspeil zijn voor beide soorten verplichtingen van belang.

ii) Beoordelingsmarge van de lidstaten

39. Er is uitvoerig gediscussieerd over de draagwijdte van de beoordelingsbevoegdheid waarover de lidstaten beschikken bij de keuze van de SBZ's. Nederland stelt, dat bij de toepassing van artikel 4, lid 1, concreet wordt beoordeeld, of een bepaald leefgebied tot de meest geschikte gebieden behoort. Het wijst erop, dat de eerdere zaken waarin het Hof uitspraak heeft gedaan, alle betrekking hadden op de vraag, of een lidstaat een

19 — In de Deense („til ... udstrækning er bedst egnede”), de Duitse („die ... flächenmäßig geeignetsten”), de Italiaanse („i ... più idonei ... in superficie”), de Griekse („τα πιο κατάλληλα, σε ... επιφάνεια”), de Spaanse („los ... más adecuados ... en superficie”), de Portugese („os ... mais apropriados ... em extensão”), de Finse („kooltaan sopivimmat”) en de Zweedse versie („storlek är mest lämpade”) worden woorden gebruikt die hetzij met „area” overeenkomen, hetzij zowel „area” als „size” kunnen betekenen.

afzonderlijk gebied als SBZ had moeten aanwijzen. Volgens Nederland kan van niet-nakoming van deze bepaling pas sprake zijn, indien wordt aangetoond, dat een lidstaat de grenzen van zijn beoordelingsmarge heeft overschreden door bijvoorbeeld een gebied van bijzonder ornithologisch belang niet als SBZ aan te wijzen.

40. Duitsland beroept zich in zijn interventie op de beoordelingsmarge ter onderbouwing van de stelling, dat de keuze van SBZ's krachtens artikel 4, lid 1, aan de lidstaten wordt overgelaten en dat de enige beslissende factor is, dat de gebieden naar aantal en oppervlakte geschikt moeten zijn om de betrokken vogelsoorten te beschermen en om tezamen met de gebieden van de andere lidstaten een samenhangend geheel van beschermingszones te vormen. Volgens Duitsland verlangt de bepaling niet zozeer, dat er een bepaald aantal SBZ's wordt aangewezen, als wel dat de aangewezen SBZ's geschikt zijn voor de instandhouding van bedreigde vogelsoorten.

41. Hoewel in artikel 4, lid 1, geen sprake is van een beoordelingsmarge, verklaarde het Hof in de zaak Leybucht, dat „de lidstaten (...) stellig over een zekere beoordelingsmarge [beschikken], wanneer zij de meest geschikte gebieden moeten kiezen die voor aanwijzing als speciale beschermingszones in aanmerking komen”.²⁰ In de zaak Commissie/Italië merkte het Hof op, dat „het beheer van het gemeenschappelijk patri-

monium aan de lidstaten wordt toevertrouwd”, waarna het oordeelde:

„Deze gedeelde verantwoordelijkheid [ingevolge de richtlijn] brengt met zich, dat de soorten waarvoor de in artikel 4, lid 1, van de richtlijn vereiste bijzondere maatregelen tot bescherming en instandhouding dienen te worden getroffen, moeten worden vastgesteld door de lidstaten. Deze kunnen overigens beter dan de Commissie uitmaken, welke van de in bijlage I van de richtlijn vermelde soorten op hun grondgebied voorkomen.”²¹

42. In de onderhavige zaak stond buiten kijf, welke in het wild levende vogelsoorten op Nederlands grondgebied bescherming behoeven. Zoals de Duitse regering in de zaak Leybucht betoogde, dwingt de keuze van SBZ's tot een uiterst ingewikkelde afweging van de meest uiteenlopende feiten en omstandigheden, hetgeen aanzienlijke wetenschappelijke arbeid vergt.²² In casu heeft de Commissie erkend, dat de lidstaten niet verplicht zijn om voor elke in bijlage I genoemde vogelsoort een afzonderlijke SBZ aan te wijzen. Sommige soorten behoeven meer bescherming dan andere en door een bepaald gebied als SBZ aan te merken kan aan verschillende bedreigde soorten tegelijk bescherming worden geboden. Het komt mij voor, dat de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten betrekking heeft op de beoordeling van de geschiktheid van in aanmerking

21 — Arrest van 17 januari 1991, Commissie/Italië (C-334/89, Jurispr. blz. I-93, punten 8 en 9).

22 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 18, rapport ter terechtzitting, Jurispr. blz. I-896 en I-897.

20 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 18, punt 20.

komende SBZ's aan de hand van objectieve ornithologische criteria; zodra is vastgesteld, dat een leefgebied tot de voor de instandhouding van de betrokken vogelsoort meest geschikte gebieden behoort, is aanwijzing als SBZ verplicht. Dit blijkt maar al te duidelijk uit de zaak RSPB, waarin de omstandigheid dat de Lappel Bank onbetwist tot „de meest geschikte gebieden” behoorde, voor het Hof immers aanleiding was om vast te stellen, dat het Verenigd Koninkrijk het gebied als SBZ moest aanwijzen.²³

43. Wat de draagwijdte van de beoordelingsbevoegdheid van een lidstaat met betrekking tot de aanwijzing van een afzonderlijk leefgebied ook moge zijn, ik zie het verband met verweerders betoog niet. De Commissie tracht te bewijzen, dat Nederland naar aantal en oppervlakte in onvoldoende mate SBZ's heeft aangewezen en daardoor zijn algemene verplichtingen ingevolge artikel 4, lid 1, van de richtlijn niet is nagekomen; Nederland stelt niet, dat het over een algemene discretionaire bevoegdheid beschikt om deze verplichtingen niet na te komen.

44. Bovendien is Nederland niet consequent in zijn beroep op de beoordelingsmarge. Enerzijds stelt het, dat de lidstaten beter dan de Commissie kunnen uitmaken, welke gebieden bescherming behoeven, en ander-

zijds betoogt het, dat uitvoering van de richtlijn alleen mogelijk is, indien de Commissie de afzonderlijke gebieden aanduidt die als SBZ moeten worden aangemerkt en zij ten aanzien van deze afzonderlijke gebieden inbreukprocedures tegen de lidstaten inleidt. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, brengt deze door verweerder voorgestelde aanpak niet alleen aanzienlijke praktische moeilijkheden met zich, maar zou er bij deze aanpak ook minder ruimte overblijven voor een beoordelingsmarge van de lidstaten dan bij het standpunt dat Nederland in casu primair inneemt.

45. Nederland stelt voorts, dat de lidstaten bij het treffen van speciale beschermingsmaatregelen rekening moeten houden met de economische en recreatieve eisen als bedoeld in artikel 2. In zijn memorie van dupliek heeft het deze stelling naar aanleiding van het arrest van het Hof in de zaak RSPB²⁴ enigszins aangepast, en wel in die zin, dat ter vaststelling van de omvang van de uit artikel 4, lid 1, voortvloeiende verplichtingen, die bepaling zou moeten worden uitgelegd met inachtneming van de artikelen 1 en 2 van de richtlijn. Dit lijkt mij in flagrante strijd met de eerste alinea van het dictum van het desbetreffende arrest, dat als volgt luidt: „Artikel 4, lid 1 of 2, [van de richtlijn] moet aldus worden uitgelegd, dat een lidstaat bij de keuze en afbakening van een speciale beschermingszone geen rekening mag houden met de in artikel 2 genoemde economische eisen.”²⁵

23 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 2, punt 26. Zie ook arrest van 24 oktober 1996, Kraaijeveld e.a. (C-72/95, Jurispr. blz. I-5403), waarin het Hof een soortgelijk standpunt innam met betrekking tot de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten krachtens artikel 4, lid 2, van richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB L 175, blz. 40). De verwijzende rechter, de Nederlandse Raad van State, achtte beide soorten discretionaire bevoegdheid vergelijkbaar; zie de punten 44, 49 en 50.

24 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 2.

25 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 2, Jurispr. blz. I-3856 en I-3857.

iii) De bewijskracht van de lijsten van belangrijke vogelgebieden

46. De richtlijn bevat geen lijst van de meest geschikte gebieden in de lidstaten die als SBZ moeten worden aangewezen, noch gedetailleerde criteria die bij de keuze van deze gebieden moeten worden gehanteerd. Niettemin geeft artikel 4, lid 1, een aantal richtlijnen die de lidstaten in acht moeten nemen bij de beslissing, welke in aanmerking komende gebieden het meest geschikt zijn.²⁶ Zoals het Hof in de zaak RSPB opmerkte, „[zijn] dit, in weerwil van de verschillen tussen de onderscheiden taalversies van artikel 4, lid 1, laatste alinea, ornithologische criteria”.²⁷ Hieruit volgt naar mijn mening, dat bij de beoordeling, of een lidstaat zijn algemene verplichting om SBZ's aan te wijzen, al dan niet in voldoende mate is nagekomen, ook ornithologische criteria moeten worden gehanteerd.

47. Voor het bewijs, dat Nederland zijn verplichtingen in dit opzicht niet in voldoende mate is nagekomen, steunt de Commissie hoofdzakelijk op de IBA 89, hoewel zij ook verwijst naar de herziene en bijgewerkte IBA 94. De IBA 89 is op zijn beurt een geactualiseerde versie van een inventarisatie die in 1987 in opdracht door de Commissie was uitgevoerd door het Musée national d'histoire naturelle te Parijs. In deze IBA 89 „for the first time individual sites in each European country were evaluated in a standard way, and a continent-wide network of

sites was identified that, if protected, would safeguard a significant proportion of the European populations of many species”.²⁸ In de toelichting bij de voor Nederland geldende lijst, weergegeven in bijlage 7 bij het verzoekschrift van de Commissie, worden de volgende drie categorieën criteria genoemd op grond waarvan de gebieden in de IBA 89 zijn opgenomen: numerieke criteria, opname in de lijst van de 100 belangrijkste gebieden in de Gemeenschap voor een kwetsbare soort of ondersoort, of vermelding als één van de vijf belangrijkste gebieden voor een kwetsbare soort of ondersoort in een bepaalde regio van de Gemeenschap. Vijf andere gebieden zijn om andere redenen in de lijst opgenomen, zoals het Zwin, omdat het aansluit op een belangrijk vogelgebied in België, of Krammer en Volkerak, omdat dit gebied „if managed appropriately, [could] be developed into an important freshwater ecosystem”. De zeven onderscheiden numerieke criteria voor broedgebieden en de vijf criteria voor gebieden die geen broedgebied zijn, zijn weergegeven in een aan bijlage 7 bij het verzoekschrift gehechte tabel; eerstgenoemde criteria zijn onder meer: gebieden die één procent of meer herbergen van de broedende paren van de biogeografische populatie van een soort of ondersoort²⁹, criteria die zijn gebaseerd op de specifieke kenmerken van de verspreidings- en habitatvoorkeur van de soort, alle vaste broedgebieden van zeldzame of bedreigde soorten of van kleinere en bedreigde afzonderlijke biogeografische

28 — Tucker et al., „Birds in Europe: Their conservation status” (aangehaald door de Commissie in bijlage 7 bij haar verzoekschrift), *BirdLife International*, Cambridge, 1994, blz. 20.

29 — Deskundigen van de Commissie lichten ter terechtzitting toe, dat deze omschrijving ziet op de afzonderlijke populaties van vogelsoorten die van hun broedplaatsen uitvliegen naar hun vaste verblijf- en overwinteringsplaatsen, waartoe ook gebieden behoren die buiten het geografische toepassingsgebied van de richtlijn zijn gelegen. Maatregelen ten behoeve van de ene populatie hebben vermoedelijk geen effect op andere populaties.

26 — Zie punt 6 van deze conclusie.

27 — Arrest reeds aangehaald in voetnoot 2, punt 26.

populaties (2 500 paren of minder) en vaste broedgebieden voor aanzienlijke aantallen van drie of meer in bijlage I genoemde soorten.

48. Duitsland heeft met klem betoegd, dat de IBA 89 en IBA 94 uitsluitend lijsten bevatten met gebieden die volgens wetenschappelijke criteria *potentieel* tot de instandhouding van bedreigde soorten kunnen bijdragen; deze lijsten maken geen deel uit van de richtlijn en zijn niet juridisch bindend. Bovendien zijn noch de criteria op grond waarvan de lijsten zijn samengesteld, noch de lijsten zelf op gemeenschapsniveau overeengekomen. Verder is de minimumnorm van 50 % die voor de aanwijzing van gebieden wordt gehanteerd, willekeurig vastgesteld en niet wetenschappelijk onderbouwd.

49. In dit betoog lijkt „juridisch verbindend” te worden verward met de voor het aantonen van de niet-nakoming vereiste bewijsvoering. Uiteraard is de IBA 89 op zichzelf niet bindend voor de lidstaten; als dat zo was, zou deze zaak veel sneller kunnen worden afgedaan. Hoewel de IBA 89 is opgesteld door de Eurogroup for the Conservation of Birds and Habitats samen met de International Council of Bird Preservation (thans: „BirdLife”), en niet via een louter communautaire procedure, werd het onderzoek nictemin uitgevoerd in opdracht van het desbetreffende directoraat-generaal van de Commissie en in samenwerking met de Commissie en nationale deskundigen; de lijst was althans ten dele bedoeld om de lidstaten te helpen bij de uitvoering van de richtlijn. Bij de selectie van kwetsbare soorten en ondersoorten verwijst de IBA 89 bij-

voorbeeld uitdrukkelijk naar bijlage I bij de richtlijn, zoals gewijzigd bij richtlijn 85/411/EEG van de Commissie van 25 juli 1985 (PB L 233, blz. 33), waaraan de soorten en ondersoorten zijn toegevoegd „[which are] likely to be added to Annex I to take account of Spain and Portugal's membership of the European Community”.

50. Hieruit volgt naar mijn mening, dat de IBA 89 niet alleen als wetenschappelijk bewijs kan worden beschouwd, waarmee Duitsland in beginsel akkoord lijkt te gaan, maar ook uitdrukkelijk was bedoeld om bij de toepassing van de richtlijn te worden gehanteerd. De lijst als zodanig is niet doorslaggevend of juridisch verbindend, maar kan wel dienen als bewijs van de mate waarin een lidstaat zijn verplichting is nagekomen, zowel in het algemeen, als met betrekking tot specifieke gebieden.³⁰ Ten aanzien van een afzonderlijk gebied staat het een lidstaat vrij om beter wetenschappelijk bewijs over te leggen om aan te tonen dat dit niet tot de voor de instandhouding van de in bijlage I genoemde soorten „meest geschikte” gebieden behoort. Tevens staat het een lidstaat vrij om tegenbewijs te leveren om aan te tonen, dat de totaalcijfers voor de SBZ's (qua aantal en oppervlakte) zoals deze uit de IBA 89 of een soortgelijke door de Commissie gehanteerde lijst blijken, onjuist zijn.

30 — Ter terechtzitting verklaarde de Commissie, dat zij zich bij de moerassen van Santoña op de IBA 89 had gebaseerd, hoewel dit niet uit de stukken blijkt.

51. Nederland betwist de IBA 89 in deze zaak niet rechtstreeks op zijn wetenschappelijke betrouwbaarheid, maar wel op het punt van de afbakening van een als SBZ aan te wijzen gebied. In zijn verweerschrift merkt Nederland op, dat pas in de IBA 94 een aanzet wordt gegeven tot het begrenzen van een leefgebied. De in 1991 door het Nederlandse Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij opgestelde lijst zou overigens zijn gebaseerd op dezelfde drie criteria als de IBA 89 en de IBA 94. De toepassing van deze criteria leidt volgens Nederland evenwel niet tot eenduidige resultaten, getuige de verschillen tussen de IBA 89 en de IBA 94 enerzijds, en tussen de IBA-lijsten en de lijst van het Nederlandse ministerie anderzijds. Nederland stelt, dat het verschil tussen de reeks gebieden die volgens de IBA-lijsten voor aanwijzing als SBZ in aanmerking komen en de gebieden die daadwerkelijk zijn aangewezen, is terug te voeren op de aard van de ornithologische gegevens. Voorts stelt het, dat het verschil in aantal het gevolg is van een verschillende werkwijze bij de begrenzing en samenvoeging van gebieden, terwijl het verschil in oppervlakte zou zijn te wijten aan het ontbreken van goede criteria voor het afbakenen van als SBZ aan te merken gebieden.

52. In de eerste plaats heeft Nederland niet overtuigend aangetoond, waarom een nationale lijst van in aanmerking komende gebieden, opgemaakt na de aanvang van de precontentieuze fase van de onderhavige procedure, betrouwbaarder zou zijn dan een lijst die vóór de precontentieuze fase is opgesteld door ornithologen uit verschillende lidstaten, waaronder Nederland. Met name de formulering van het eerste van de drie criteria die Nederland in zijn verweerschrift noemt, waarbij enkel wordt uitgegaan van de eis, dat in een gebied geregeld minimaal één

procent van een biogeografische populatie van een watervogelsoort aanwezig is, lijkt mij veel minder ruim en tot in detail uitgewerkt dan de lijst met categorieën numerieke criteria waarop de IBA 89 is gebaseerd (tabel 1 in bijlage 7 bij het verzoekschrift van de Commissie). Ongeacht of het een verschrijving is, dat Nederland in zijn weergave van dit criterium enkel van watervogels spreekt, lijken mij de grote verschillen tussen de numerieke criteria die in de IBA 89 en de Nederlandse lijst uit 1991 worden gehanteerd, op zichzelf al een aannemelijke verklaring voor de verschillen tussen de lijsten die op grond daarvan zijn opgesteld.

53. Terwijl Nederland er niet in slaagt aan te tonen, dat zijn eigen nationale lijst objectief gezien beter is, trekt de Commissie de wetenschappelijke onderbouwing van die lijst in twijfel. In een bijlage bij haar memorie van repliek heeft de Commissie een tabel afgedrukt waarin de (theoretische) resultaten van de toepassing van de drie criteria waarop de Nederlandse lijst is gebaseerd, worden vergeleken met de mate waarin SBZ's zijn aangewezen voor 26 vogelsoorten van bijlage I die in Nederland voorkomen; bij geen enkele soort blijkt het bereikte resultaat overeen te komen met het percentage dat op grond van de Nederlandse criteria had moeten worden behaald, en bij de meeste is het verschil opvallend groot.³¹ Nederland heeft geen verklaring gegeven voor deze verschillen.

31 — De Commissie vermeldt niet waaruit genoemde cijfers afkomstig zijn. De tabel is niet specifiek bedoeld om de niet-nakoming van artikel 4, lid 1, te bewijzen, doch veeleer om het hanteren van de Nederlandse lijst uit 1991 in twijfel te trekken.

54. De Nederlandse lijst uit 1991 bevat circa 53 gebieden die volgens de Commissie³² geheel of ten dele overeenkomen met 57 van de 70 in de IBA 89 genoemde gebieden, hoewel deze nauwelijks de helft bestrijken van de totale oppervlakte van de gebieden die in de IBA 89 als meest geschikt worden aange-merkt. Maar ook indien bewezen wordt geacht, dat de nationale lijst de meest geschikte gebieden bevat, heeft verweerder nog niet aangetoond, dat hij deze als SBZ heeft aangemerkt, vermoedelijk voornamelijk omdat hij het bestaan van een aanwijzingsverplichting betwist.

55. Nederland heeft voorts met de verschillen tussen de IBA 89 en de IBA 94 willen aantonen, dat de toepassing van ornithologische criteria tot onzekere resultaten leidt. De Commissie heeft dit krachtig bestreden. Zeven van de twaalf gebieden die niet in de IBA 89, maar wel in de IBA 94 voorkomen, zijn daarin opgenomen naar aanleiding van de toevoeging van nieuwe vogelsoorten aan bijlage I bij de richtlijn, terwijl bij de overige vijf gebieden diverse objectieve factoren een rol spelen, zoals een andere opsplitsing of samenvoeging van gebieden, een grotere kennis of een verschuiving in de vogelpopulatie in Nederland. Wat de Commissie op dit punt verklaart, lijkt aannemelijk. Bovendien heeft Nederland er zelf op gewezen, dat de situatie van vogelsoorten voortdurend aan schommelingen onderhevig is.

56. Uit het antwoord van de Commissie op een vraag van een lid van het Europees Parlement blijkt, dat de Commissie „samen met de lidstaten (...) een methode [heeft] ontwikkeld die het mogelijk maakt de mate waarin een vogelsoort in de Gemeenschap als geheel wordt bedreigd, op een objectieve manier te kwantificeren alsmede te bepalen welk percentage van de totale populatie van elke vogelsoort zich binnen de SBZ's van elke regio dient te bevinden”.³³ In antwoord op een vraag ter terechtzitting heeft de gemachtigde van de Commissie verklaard, dat de kwetsbaarheidsindex wel een van de factoren was die meetelt bij de vaststelling van de mate van bescherming die elke vogelsoort behoeft, doch geen nut heeft voor de beoordeling, welke gebieden als SBZ moeten worden aangewezen. Bovendien geldt de uit artikel 4, lid 1, voortvloeiende verplichting voor alle vogels van bijlage I, dus ook voor vogels met een lager kwetsbaarheidscijfer.

57. In de laatste alinea van het antwoord van de Commissie op de parlementaire vraag komt de kwestie aan de orde, in hoeverre het zinvol is voor bepaalde vogelsoorten een percentage vast te stellen dat zich in de SBZ's op het grondgebied van een lidstaat moet bevinden. In de reeds genoemde tabel in de bijlage bij haar memorie van repliek vermeldt de Commissie het percentage van alle in Nederland voorkomende vogelsoorten van bijlage I dat zich in de vijf meest geschikte gebieden bevindt en het percentage van deze vogelsoorten dat in SBZ's leeft. De cijfers spreken voor zich. Van bijvoorbeeld zes soorten waarvan het percentage dat zich in de vijf beste gebieden bevindt, tussen de 19 % en

32 — Overzicht in bijlage 9 bij het verzoekschrift.

33 — Schriftelijke vraag nr. 131/93 van E. Wijsenbeek (PB 1993, C 258, blz. 7).

100 % ligt, leeft 0 % van de populatie in SBZ's. Dat een lidstaat in de SBZ's op zijn grondgebied een ontoereikend percentage bijlage I-vogels herbergt, mag dan wel een gemakkelijk kwantificeerbare graadmeter zijn voor zijn naleving van één aspect van artikel 4, lid 1, maar zolang het tegendeel niet is bewezen, ben ik nochtans geneigd om te erkennen, dat deze constatering op zich niet alles zegt over de nakoming van de uit die bepaling voortvloeiende verplichting om SBZ's aan te wijzen.

iv) De niet-nakoming van artikel 4, lid 1

58. Toen de Commissie haar verzoekschrift in deze zaak indiende, had Nederland 23 SBZ's aangewezen met een totale oppervlakte van 327 602 ha. Aangezien de IBA 89 70 gebieden met een oppervlakte van 797 920 ha noemt, is de Commissie van mening, dat Nederland de ingevolge artikel 4, lid 1, op hem rustende verplichting om SBZ's aan te wijzen kennelijk niet is nagekomen.

59. Ter adstructie van haar standpunt, dat een en ander een kennelijke miskennen van de krachtens de richtlijn op Nederland rustende verplichtingen inhoudt, heeft de Commissie herhaaldelijk gerefereerd aan de helft van het aantal en de totale oppervlakte van de gebieden. Nederland en Duitsland hebben beide betoogd, dat deze norm niet in de

richtlijn voorkomt, maar willekeurig en zonder wetenschappelijke onderbouwing is vastgesteld. Dit argument snijdt geen hout. De IBA-lijsten zijn, zoals gezegd, het wetenschappelijk bewijs dat de Commissie aanreikt om aan te tonen, wat in Nederland de „meest geschikte gebieden” zijn om als SBZ te worden aangemerkt. Nederland heeft de bewijskracht ervan niet echt betwist. De constatering dat nog geen 50 % van de voorgestelde gebieden als SBZ is aangewezen, dient ter onderbouwing van de conclusie dat Nederland zijn algemene aanwijzingsverplichting niet is nagekomen; dat de Commissie een dergelijke norm hanteert, is een wijze van stellen en niet een concretisering van de verplichting die artikel 4, lid 1, van de richtlijn oplegt.

60. Zoals ik reeds heb gezegd, houdt de krachtens de vierde alinea van artikel 4, lid 1, op de lidstaten rustende verplichting in, dat zij *alle* meest geschikte gebieden die daarvoor op grond van betrouwbare objectieve wetenschappelijke criteria in aanmerking komen, als SBZ aanwijzen. De Commissie heeft in procedures als deze tot taak, het totale aantal en de totale oppervlakte aan te geven van de SBZ's die een lidstaat op grond van deze criteria zou moeten aanwijzen, en deze cijfers te vergelijken met wat er feitelijk aan SBZ's is aangewezen. Een eventueel verschil kan uiteraard door de betrokken lidstaat worden betwist. Wordt het bestaan van een verschil door het Hof bewezen geacht, dan is dit voldoende om de niet-nakoming van verweerdere verplichtingen ingevolge de richtlijn vast te stellen. De conclusie van de Commissie op grond van het bewijs in deze zaak, dat Nederland naar aantal en oppervlakte in onvoldoende mate SBZ's heeft aangewezen, is het resultaat van een reguliere juridische redenering en berust niet op een vermoeden.

61. Ter terechtzitting betoogde Nederland, dat de Commissie het wel erg lastig had gemaakt om exact te bepalen, wat het moest doen om aan artikel 4, lid 1, van de richtlijn te voldoen, terwijl Duitsland zich afvroeg, hoe het Hof zou beslissen op een tweede, hypothetische, vordering tegen Nederland krachtens artikel 171 van het Verdrag. Uit de bovenstaande bespreking van de toepasselijke bepalingen blijkt mijns inziens duidelijk, dat de problemen die Nederland met de nakoming heeft, vooral te maken hebben met de onjuiste uitlegging die het aan zijn verplichtingen ingevolge artikel 4, lid 1, heeft gegeven, en dat er voldoende — en voldoende betrouwbare — ornithologische gegevens voorhanden zijn waaruit Nederland kan opmaken welke stappen het moet ondernemen om deze bepaling naar behoren uit te voeren. Ik acht het niet noodzakelijk of zinvol om uitvoerig op een hypothetische toekomstige procedure in te gaan. Aangezien de door de Commissie gevorderde vaststelling van algemene aard is, ben ik van oordeel, dat

indien de eis wordt toegewezen, met deze vaststelling nog niet is aangetoond, dat Nederland zijn aanwijzingsverplichting met betrekking tot een bepaald gebied niet is nagekomen. De vaststelling als zodanig kan dan ook geen grond opleveren voor een procedure krachtens artikel 171 met betrekking tot dat gebied. Hoe dan ook, Duitslands betoog was hoofdzakelijk gericht tegen de 50 %-norm, die hierboven reeds is behandeld.

62. Het verzoek van de Commissie moet mijns inziens dan ook worden ingewilligd. De Commissie heeft tevens gevorderd, Nederland in de kosten van het geding te verwijzen. Aangezien de punten waarop Nederland in het gelijk kan worden gesteld, van ondergeschikt belang zijn en de grond van de zaak niet beïnvloeden, ben ik van oordeel, dat de kostenvordering van de Commissie eveneens kan worden toegewezen.

VI — Conclusie

Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

- 1) vast te stellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens het EG-Verdrag om hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, doordat het niet in voldoende mate, naar aantal en oppervlakte, speciale beschermingszones heeft aangewezen overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand;
- 2) het Koninkrijk der Nederlanden in de kosten te verwijzen.