

O deferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção)

14 de Junho de 2001

«Incumprimento de Estado — Não transposição das Directivas 75/442/CEE, 76/464/CEE, 80/68/CEE, 84/360/CEE e 85/337/CEE — Poluição e perturbações — Resíduos — Substâncias perigosas — Poluição do meio aquático — Poluição atmosférica»
No processo C-230/00,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por H. van Lier, na qualidade de agente, assistido por M. H. van der Woude e T. E. M. Chellingsworth, avocats, com domicílio escolhido no Luxemburgo, demandante,
contra

Reino da Bélgica, representado por A. Snoecx, na qualidade de agente,
demandado,

que tem por objecto obter a declaração de que, ao não adoptar as medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente as Directivas

— 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos (JO L 194, p. 39; EE 15 F1, p. 129), na redacção dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991 (JO L 78, p. 32),

— 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade (JO L 129, p. 23; EE 15 F1, p. 165),

— 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas (JO 1980, L 20, p. 43; EE 15 F2, p. 162),

— 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais (JO L 188, p. 20; EE 15 F5, p. 43), e

— 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente (JO L 175, p. 40; EE 15 F6, p. 9),

o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 9.º da Directiva 75/442, 3.º, 4.º, 5.º e 7.º da Directiva 76/464, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º e 10.º da Directiva 80/68, 3.º, 4.º, 9.º e 10.º da Directiva 84/360, 2.º e 8.º da Directiva 85/337 e do artigo 189.º do Tratado CE (actual artigo 249.º CE),

O Tribunal de Justiça (Terceira Secção),

composto por: C. Gulmann, presidente de secção, J.-P. Puissochet e J. N. Cunha Rodrigues (relator), juízes,
advogado-geral: J. Mischo,

secretário: R. Grass,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 8 de Março de 2001,

profere o presente

Acórdão

1. Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 9 de Junho de 2000, a Comissão das Comunidades Europeias instaurou, nos termos do artigo 226.º CE, uma acção destinada a obter a declaração de que, ao não adoptar as medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente as Directivas

— 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos (JO L 194, p. 39; EE 15 F1, p. 129), alterada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991 (JO L 78, p. 32),

— 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade (JO L 129, p. 23; EE 15 F1, p. 165),

— 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas (JO 1980, L 20, p. 43; EE 15 F2, p. 162),
— 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais (JO L 188, p. 20; EE 15 F5, p. 43), e
— 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente (JO L 175, p. 40; EE 15 F6, p. 9),
o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 9.º da Directiva 75/442, 3.º, 4.º, 5.º e 7.º da Directiva 76/464, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º e 10.º da Directiva 80/68, 3.º, 4.º, 9.º e 10.º da Directiva 84/360, 2.º e 8.º da Directiva 85/337 e do artigo 189.º do Tratado CE (actual artigo 249.º CE).

Enquadramento jurídico

2. As Directivas 75/442, 76/464, 80/68 e 84/360 impõem aos Estados-Membros que adoptem as medidas úteis para se assegurarem de que a actividade ou a instalação que as mesmas regulam estão sujeitas a autorização prévia.

3. A Directiva 85/337 prevê, no seu artigo 2.º, que os Estados-Membros tomem as disposições necessárias para que os projectos que possam ter um impacto significativo no ambiente sejam submetidos a uma avaliação dos seus efeitos, antes de concessão da aprovação.

4. As disposições do direito belga destinadas a transpor as Directivas 75/442, 76/464, 80/68, 84/360 e 85/337 impuseram a obrigação de pedir uma autorização. Contudo, algumas destas disposições, nomeadamente as que figuram na regulamentação das Regiões da Flandres e da Valónia, prevêm um regime de concessão e de recusa tácitas das autorizações.

5. Com efeito, se a autoridade competente não se pronunciar em primeira instância acerca de um pedido de autorização, considera-se que esta é recusada. Pelo contrário, em segunda instância, no silêncio da autoridade competente no prazo previsto, considera-se que a autorização é concedida. Tal é, no essencial, o sistema previsto nos artigos 34.º a 42.º e 49.º a 55.º da Decisão do Governo da Flandres, de 6 de Fevereiro de 1991, que institui o regulamento relativo à autorização ecológica (*Moniteur belge* de 26 de Junho de 1991, p. 14269), e no artigo 11.º do Decreto do Conselho Regional da Valónia, de 27 de Junho de 1996, relativo aos resíduos (*Moniteur belge* de 2 de Agosto de 1996, p. 20685).

O processo pré-contencioso

6. Entendendo que o Reino da Bélgica não tinha transposto correctamente as Directivas 75/442, 76/464, 80/68, 84/360 e 85/337, a Comissão, por carta de 6 de Julho de 1998, interpelou este Estado-Membro no sentido de apresentar as suas observações, em conformidade com o procedimento previsto pelo Tratado em matéria de incumprimento de Estado.

7. Uma vez que esta carta ficou sem resposta, a Comissão dirigiu um parecer fundamentado ao Reino da Bélgica, em 18 de Dezembro de 1998.

8. Em 6 de Janeiro de 1999, a Comissão recebeu uma carta das autoridades belgas, à qual estava junta uma carta do Governo da Flandres de 8 de Dezembro de 1998. Nesta última, as autoridades flamengas formulavam as observações solicitadas pela carta da Comissão de 6 de Julho de 1998, insistindo, nomeadamente, no campo de aplicação limitado da autorização tácita e no número restrito de autorizações tácitas concedidas. O Governo da Flandres acrescentava que todas as autoridades competentes e todos os organismos consultivos envolvidos estavam bem informados das consequências de uma ausência de decisão, pelo que continuavam a zelar por que cada pedido de autorização fosse objecto de um exame aprofundado.

9. A resposta do Governo da Flandres ao parecer fundamentado, recebida pela Comissão em 15 de Março de 1999, reproduzia os argumentos formulados na sua carta de 8 de Dezembro de 1998. Aquele Governo regional acrescentava, porém, que uma autorização tácita não implica uma avaliação passiva ou uma negligência por parte da autoridade competente, uma vez que o pedido de autorização dava lugar a uma avaliação circunstanciada.

10. Por considerar que o Reino da Bélgica não tinha tomado todas as medidas necessárias para dar cumprimento ao parecer fundamentado, a Comissão decidiu instaurar a presente acção.

Quanto ao mérito

11. A Comissão alega que o Tribunal de Justiça já declarou que um sistema de autorizações tácitas é incompatível com as exigências da Directiva 80/68 (acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Itália, C-360/87, Colect., p. I-791, n.º 31). Esta jurisprudência é igualmente aplicável às autorizações visadas nas Directivas 75/442, 76/464, 84/360 e 85/337.

12. O mecanismo de autorização tácita descrito no n.º 5 do presente acórdão é, por conseguinte, segundo a Comissão, incompatível com as disposições das directivas em causa.

13. Sem contestar o incumprimento que lhe é imputado, o Reino da Bélgica limita-se a indicar, na contestação, que o Governo da Flandres está a elaborar um projecto de decreto na matéria e que o Governo da Valónia adoptou, a este respeito, dois anteprojectos de decisões, bem como diversas medidas de aplicação do Decreto de 11 de Março de 1999 relativo à autorização ambiental (*Moniteur belge* de 8 de Junho de 1999, p. 21101).

14. A este respeito, deve recordar-se que o Tribunal de Justiça declarou, a propósito da Directiva 80/68, que esta «exige que seja sempre adoptado, após cada investigação e atendendo aos seus resultados, um acto expresso, de proibição ou autorização» (acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Alemanha, C-131/88, Colect., p. I-825, n.º 38).

15. Por outro lado, como foi recordado no n.º 52 do acórdão de 19 de Setembro de 2000, Linster (C-287/98, Colect., p. I-6917), o objecto essencial da Directiva 85/337 é que, «antes da concessão da aprovação, os projectos que possam ter um impacto significativo no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensões ou localização, sejam submetidos à avaliação dos seus efeitos».

16. Resulta desta jurisprudência que uma autorização tácita não pode ser compatível com as exigências das directivas visadas pela presente acção, uma vez que estas prevêm, quer no que respeita às Directivas 75/442, 76/464, 80/68 e 84/360, mecanismos de autorizações prévias, quer no que respeita à Directiva 85/337, processos de avaliação que precedem a concessão de uma autorização. As autoridades nacionais são, por conseguinte, obrigadas, nos termos de cada uma destas directivas, a examinar, caso a caso, todos os pedidos de autorização apresentados.

17. Quanto às medidas complementares de transposição que as Regiões da Flandres e da Valónia estão em vias de adoptar, importa recordar que, nos termos do artigo 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado, as directivas vinculam os Estados-Membros destinatários quanto ao resultado a alcançar. É de jurisprudência constante que esta obrigação implica o respeito dos prazos fixados nas directivas (v., nomeadamente, acórdãos de 22 de Setembro de 1976, Comissão/Itália, 10/76, Recueil, p. 1359, n.º 11 e 12, Colect., p. 559, e de 8 de Março de 2001, Comissão/Grécia, C-176/00, Colect., p. I-0000, n.º 7).

18. Nestas condições, deve concluir-se que, ao não adoptar as medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente as Directivas 75/442, 76/464, 80/68, 84/360 e 85/337, o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 9.º da Directiva 75/442, 3.º, 4.º, 5.º e 7.º da Directiva 76/464, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º e 10.º da Directiva 80/68, 3.º, 4.º, 9.º e 10.º da Directiva 84/360, bem como 2.º e 8.º da Directiva 85/337.

Quanto às despesas

19. Por força do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido. Tendo a Comissão requerido a condenação do Reino da Bélgica e tendo este sido vencido, há que condená-lo nas despesas.

*Pelos fundamentos expostos,**O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)**decide:*

1. Ao não adoptar as medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente as Directivas

— 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, na redacção dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991,



— 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade,
— 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas,
— 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais, e
— 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente,
o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 9.º da Directiva 75/442, na redacção dada pela Directiva 91/156, 3.º, 4.º, 5.º e 7.º da Directiva 76/464, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º e 10.º da Directiva 80/68, 3.º, 4.º, 9.º e 10.º da Directiva 84/360, bem como 2.º e 8.º da Directiva 85/337.

2. O Reino da Bélgica é condenado nas despesas.

Gulmann

Puissochet

Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 14 de Junho de 2001.

O secretário

O presidente da Terceira Secção

R. Grass

C. Gulmann

Conclusões do Advogado-Geral

Jean Mischo

apresentadas em 8 de Março de 2001

Processo C-230/00

Comissão das Comunidades Europeias

contra

Reino da Bélgica

«Incumprimento de Estado — Transposição defeituosa das Directivas 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, e 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985 — Poluição e perturbações — Resíduos — Substâncias perigosas — Poluição do meio aquático — Poluição atmosférica»

1. A acção proposta pela Comissão tem por objecto a declaração de que o Reino da Bélgica, ao não adoptar as medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente o artigo 9.º da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, na redacção dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991, os artigos 3.º, 4.º, 5.º e 7.º da Directiva 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade, os artigos 3.º, 4.º, 5.º, 7.º e 10.º da Directiva 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas, os artigos 3.º, 4.º, 9.º e 10.º da Directiva 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais, e os artigos 2.º e 8.º da Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, não respeitou as obrigações que lhe incumbem por força do disposto no artigo 249.º CE bem como das referidas directivas.

2. Neste contexto, a Comissão expõe, sem ser contraditada pelo demandado, que tanto a regulamentação aplicável na Região flamenga como a aplicável na Região valã recorrem ao mecanismo das autorizações tácitas no domínio da aplicação das directivas acima referidas.

3. Assim, nessas duas regiões, se a autoridade competente não reagir, em determinado prazo, a um pedido de autorização, este considera-se indeferido. Em contrapartida, em caso de recurso, a autorização considera-se concedida na falta de reacção da autoridade competente no prazo.

4. Ora, segundo a Comissão, é incontestável que tais autorizações tácitas são incompatíveis com as exigências das directivas acima referidas.

5. Compartilho desta análise.

6. Com efeito, tal como assinala acertadamente a Comissão, o Tribunal de Justiça já considerou que não se pode considerar que o mecanismo das autorizações tácitas ou mesmo o dos indeferimentos tácitos cumprem as exigências da Directiva 80/68.

7. Ora, não vejo razão para não alargar esta jurisprudência às outras directivas em causa nos presentes autos.

8. Com efeito, todas elas têm por objecto, entre outros, as autorizações a conceder a diversas actividades susceptíveis de afectar o ambiente. Além disso, todas elas têm em comum o facto de precisarem, por um lado, as condições detalhadas quanto aos dados que devem constar de tais autorizações e, por outro, as garantias de que se deve rodear a autoridade competente, que tem o dever de fixar, por meio de diversos estudos, um determinado número de elementos, antes de deferir a autorização pedida.

9. Daí verifico que, relativamente a todas essas directivas, se aplica a exigência de um acto expresse imposta pela jurisprudência acima referida.

10. Com efeito, tal como aliás alega a Comissão, na falta de tal acto, não é possível assegurar que as autorizações só sejam concedidas depois de reunidas todas as condições colocadas pelas directivas, tanto relativas ao conteúdo das autorizações como aos processos de estudos prévios à sua concessão.

11. O demandado admite, aliás, que, no estado actual da regulamentação das duas regiões em causa, essa garantia não existe.

12. Em contrapartida, realça os esforços que actualmente são feitos pelas autoridades em causa para resolver a situação, esforços que, contudo, ainda não deram resultado.

13. No entanto, há que lembrar que decorre de jurisprudência assente que o incumprimento deve ser apreciado no termo do prazo fixado no parecer fundamentado. No caso presente, esse prazo era de dois meses a contar da notificação do parecer fundamentado, por carta de 18 de Dezembro de 1998.

14. Decorre do acima exposto que o incumprimento está demonstrado e que cabe julgar procedente o pedido da Comissão.

Conclusão

15. Nestas condições, proponho que seja julgado procedente o pedido da Comissão de que o Tribunal de Justiça declare que o Reino da Bélgica, ao não adoptar as medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente o artigo 9.º da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, na redacção dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991, os artigos 3.º, 4.º, 5.º e 7.º da Directiva 76/464/CEE do Conselho, de 4 de Maio de 1976, relativa à poluição causada por determinadas substâncias perigosas lançadas no meio aquático da Comunidade, os artigos 3.º, 4.º, 5.º, 7.º e 10.º da Directiva 80/68/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1979, relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas, os artigos 3.º, 4.º, 9.º e 10.º da Directiva 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais, e os artigos 2.º e 8.º da Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, não respeitou as obrigações que lhe incumbem por força do disposto no artigo 249.º CE, bem como das referidas directivas.

16. Em consequência, proponho igualmente a condenação do Reino da Bélgica nas despesas.

Comentário

1. Introdução

O presente acórdão, apesar de ser relativo a um processo instaurado pela Comissão Europeia contra o Reino da Bélgica, revela um interesse muito particular para Portugal. Na verdade, esta decisão judicial condena o Reino da Bélgica por não ter adoptado as medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente algumas Directivas, verificando-se, em nossa opinião, violação semelhante por parte do nosso país, relativamente a uma delas.

Referimo-nos concretamente à Directiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho de 1985 (entretanto modificada, com bastante profundidade, pela Directiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997), relativa à avaliação de impacte ambiental (AIA). O diploma nacional que procedeu à transposição desta Directiva padece, quanto a nós, dos mesmos problemas que levaram à propositura de uma *acção por incumprimento* proposta pela Comissão contra a Bélgica, acção essa que veio a ser julgada procedente pelo Tribunal de Justiça, no presente acórdão, condenando-se o Reino da Bélgica pela não adopção das medidas legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para transpor integralmente as directivas em causa.

Ora, o nosso Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, que estabelece o regime jurídico da avaliação de impacte ambiental, transpondo para a ordem jurídica interna, como é expressamente referido no n.º 1 do seu artigo 1.º, “a Directiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho de 1985, com as alterações introduzidas pela Directiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997”, padece de um defeito semelhante (em rigor até mais grave, como veremos) ao que esteve na base da presente acção.

Como tal vamos analisar, sucessivamente, o regime contido na Directiva n.º 85/337/CEE (modificada pela Directiva n.º 97/11/CE), a disciplina do Decreto-Lei n.º 69/2000 pertinente para o comentário e o acórdão do Tribunal de Justiça em apreço, para finalizarmos com algumas considerações conclusivas.

2. O regime da Directiva n.º 85/337/CEE

A Directiva n.º 85/337/CEE é uma das mais conhecidas Directivas comunitárias relativas à tutela ambiental, por ter procedido à criação da imposição, no espaço comunitário, da realização de avaliações dos impactes ambientais de todos os projectos susceptíveis de os produzirem. Nesta medida, a sua influência no direito português foi muito significativa, tendo tido como resultado a instituição da AIA entre nós, através do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho e do Decreto Regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro. Com a posterior modificação do regime comunitário, através da mencionada Directiva n.º 97/11/CE, Portugal viu inclusivamente ser instaurada contra si uma acção por incumprimento (pela Comissão Europeia), tendo sido obrigado a fazer alterações intercalares àqueles dois diplomas e, finalmente, a proceder a uma alteração global do regime, através do Decreto-Lei n.º 69/2000. Com esta nota não pretendemos proceder a qualquer análise da evolução histórica do regime de AIA em Portugal, a qual seria totalmente despropositada num mero comentário jurisprudencial, mas apenas chamar a atenção para a *influência directa do regime comunitário de AIA* no seu congénere português.

Atendendo ao teor do acórdão do Tribunal de Justiça e aos problemas que nele se discutem, não se nos afigura descabido salientar o carácter bastante *preciso* da Directiva e as *imposições directas* que dela resultam para o(s) legislador(es) nacional(is). E apesar de, nalguns aspectos, o legislador

português ter ido mais longe do que aquilo que era imposto pela Directiva (nomeadamente, como veremos já de seguida, quanto à *força jurídica* da decisão de AIA, hoje designada entre nós por declaração de impacte ambiental – DIA), não deixa de ser interessante destacar algumas normas do texto comunitário¹. Relativamente às que mais nos interessam, é de chamar a atenção:

- para o n.º 2 do artigo 1.º, no qual se define a noção de *aprovação* como “a decisão da autoridade ou das autoridades competentes que confere ao dono da obra o direito de realizar o projecto”;
- para o artigo 3.º, segundo o qual “A avaliação de impacte ambiental identificará, descreverá e avaliará (...) os efeitos directos e indirectos de um projecto sobre os seguintes factores (...)”;
- para a norma do n.º 2 do artigo 6.º, onde se estabelece que “Os Estados-membros deverão assegurar que todos os pedidos de aprovação (...) sejam postos à disposição do público (...) para que o público em causa tenha a possibilidade de dar o seu parecer antes de ser *emitida a autorização*” (itálico nosso);
- e, ainda, para o n.º 1 do artigo 9.º, onde se pode ler: “Quando a aprovação tiver sido *concedida ou recusada*, a autoridade ou autoridades competentes deverão informar do facto o público (...) e facultarão ao público (...) *o teor da decisão e as condições que eventualmente a acompanhem, os principais motivos e considerações em que se baseia a decisão* (...)” (itálicos nossos).

Das normas transcritas resulta não apenas o teor preciso e claro da Directiva, como também o facto de ela não “abrir a porta”, sequer de forma implícita, para a tomada de decisões tácitas, isto é, em virtude de se deixar expirar o prazo fixado nas disposições nacionais para a tomada de decisão, sem a prática de qualquer acto expresso (isto é, para a formação de um *acto silente*, seja ele de conteúdo positivo ou negativo)². Como tal, em nosso entender (entendimento implicitamente confirmado pelo acórdão em apreciação) as leis nacionais que prevejam a formação de actos tácitos, sempre deveriam fazê-lo no sentido do indeferimento, isto é, no da formação de um acto tácito negativo.

3. O direito português

3.1. Regime de indeferimento tácito do Decreto-Lei n.º 69/2000

Como tivemos oportunidade de salientar imediatamente após a publicação do Decreto-Lei n.º 69/2000, o regime do artigo 19.º, ao consagrar o *deferimento tácito* da DIA [a qual, nos termos da al. g) do artigo 2.º, consiste na “decisão emitida no âmbito da AIA sobre a viabilidade da execução dos projectos sujeitos ao regime previsto no presente diploma”] é susceptível de crítica violenta³.

Independentemente da hipotética desconformidade deste regime com o direito comunitário – a qual, em todo o caso, é confirmada pelo presente acórdão –, foi desde logo por nós considerado este regime como *paradoxal* com a restante parte do Decreto-Lei n.º 69/2000, uma vez que se consagra nele (provavelmente como a sua “novidade” de maior significado) a vinculatividade da DIA negativa: ainda que tal conclusão seja retirado *a contrario sensu*, a norma do n.º 1 do artigo 19.º não deixa dúvidas quando estabelece que “O acto de licenciamento ou de autorização de projectos *só pode ser praticado* após a notificação da respectiva DIA *favorável ou condicionalmente favorável* (...)” (itálicos nossos), regime reforçado pelo n.º 3 do mesmo artigo, onde se sanciona com a *muldade* todos os actos praticados com desrespeito por este regime.

Abriu-se, desta forma, em nosso entender, a possibilidade de subverter em absoluto a intencionalidade do regime legal, em virtude da falta de coerência do regime do deferimento tácito relativamente à

opção (não apenas jurídica, mas também política) de conceber a DIA como um *parecer conforme favorável*, isto é, como uma declaração que só permite uma decisão de licenciamento ou de autorização do projecto no caso de ser positiva (impossibilitando o deferimento do licenciamento ou da autorização no caso de ser negativa).

Ou seja: se, por um lado, o legislador nacional foi mais longe do que aquilo que era exigido pela Directiva (a qual, tanto na sua versão original como na revista, não formula qualquer imposição no sentido de a decisão sobre a avaliação de impacte ambiental ser vinculativa para a decisão final de autorização ou licenciamento do projecto), ao impor a proibição de projectos “chumbados” em sede de AIA serem licenciados ou autorizados, por outro lado, subverte o regime por si próprio criado, pondo em risco a própria realização dos objectivos perseguidos pela Directiva.

Desta forma, corre-se o risco de, seja por negligência, seja por uma atitude intencional, estar a permitir a autorização ou licenciamento de projectos, que até podem ter efeitos ambientais extremamente perversos, sem a prática expressa de uma decisão sobre a matéria.

O que, na prática, pode conduzir a uma situação muito mais grave do que aquela em que um projecto merece uma DIA favorável quando até deveria ter sido reprovado: é que aqui, tendo havido uma decisão expressa, sempre se terão de respeitar as condições em que o projecto pode ser licenciado ou autorizado as quais, em princípio, foram especificadas na DIA favorável (cfr. os n.ºs 2 e 3 do artigo 17.º), bem como as medidas de minimização dos impactes ambientais negativos que o proponente deve adoptar na execução do projecto (que estão *obrigatoriamente* contidas na DIA favorável ou condicionalmente favorável, face ao disposto na 2.ª parte do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 17.º). Ao passo que, em caso de deferimento tácito da DIA, a entidade competente para o licenciamento ou autorização do projecto deve apenas ter em consideração (na ausência de outros dados ou parâmetros) “o EIA apresentado pelo proponente” (n.º 2 do artigo 19.º).

Assim, na falta de comunicação da DIA dentro do prazo, nada mais relevará do procedimento de AIA a não ser o EIA que é apresentado pelo proponente e em cuja elaboração só intervêm as entidades que integram a estrutura orgânica do procedimento de AIA se tiver havido lugar à fase de definição do âmbito do EIA. Não são considerados os resultados nem da apreciação técnica do EIA nem da participação dos interessados, fases que naturalmente já terão decorrido e cujo contributo é demasiado significativo para ser posto de lado.

Depararemos, pois, com a viabilização do projecto através de um acto administrativo assente numa DIA ficcionada e tida como a decisão final de um procedimento do qual nada se aproveita para efeitos da tutela dos valores e factores ambientais no âmbito do procedimento de licenciamento ou autorização.

Ainda no que se refere exclusivamente ao Decreto-Lei n.º 69/2000, pode-se-lhe acrescentar o “pecado” da incoerência, uma vez que a regra do deferimento tácito é posta de lado no caso de projectos com impactes transfronteiriços: em face do regime previsto no artigo 33.º, quando o projecto possa produzir um impacte ambiental significativo no território de outro ou outros Estados membros da União Europeia, esse Estado, depois de ser informado pelo Estado português do facto (e de receber a informação prevista no n.º 1 daquele artigo 33.º) pode participar no procedimento de AIA. No entanto, em tais situações, o legislador excluiu *expressamente* a aplicação da regra do n.º 1 do artigo 19.º, não se formando, assim, o deferimento tácito (cfr. n.º 3 do artigo 33.º).

Para além da incoerência, não se compreende qual a razão que levou o legislador a afastar a solução do deferimento tácito nestas situações, parecendo recluir a aplicação de um regime (sobre o qual ele próprio teria dúvidas) a procedimentos em que esteja(m) envolvido(s) outro ou outros Estados.

Porque a maior morosidade do procedimento sempre poderia ser obviada (como em parte já acontece) com a previsão de prazos mais longos, mas não com o estabelecimento de um regime diferente⁴. Acrescente-se, por último, que os prazos previstos no Decreto-Lei n.º 69/2000 para a emissão da DIA são extremamente reduzidos (prazo global de 140 ou 120 dias, consoante o projecto esteja previsto no Anexo I ou no Anexo II), o que não torna improvável a formação do deferimento tácito, acentuando-se as críticas ao regime.

3.2. Regime geral de decisões tácitas no direito português

Uma pequena nota para acrescentar apenas que a crítica à solução vertida no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 69/2000 sobe de tom se articulada com o regime geral do sentido das decisões tácitas, previsto no Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Apesar de a disciplina contida nos artigos 108.º e 109.º do CPA ser bastante confusa, da leitura destes preceitos acaba por se concluir que a regra geral vigente no direito português quanto ao sentido do silêncio dos órgãos administrativos, quando deixam expirar os prazos máximos – previstos na lei ou em regulamento – para a emissão das suas decisões, é a do *indeferimento tácito*. Essa regra é formulada no n.º 1 do artigo 109.º, sendo exceptuada pelo n.º 1 do artigo 108.º apenas para os casos em que “a prática de um acto administrativo ou o exercício de um direito por um particular dependam de aprovação ou autorização de um órgão administrativo” (especificando-se no n.º 3 do mesmo preceito alguns casos que conduzem ao deferimento tácito, por estarem dependentes de aprovação ou autorização de um órgão administrativo, a que se juntam todos aqueles “relativamente aos quais leis especiais prevejam o deferimento tácito”).

Do n.º 1 do artigo 108.º retira-se normalmente o entendimento segundo o qual apenas se prevê o deferimento tácito para as actividades de particulares sujeitas ao que a doutrina designa por *autorizações permissivas* – isto é, situações em que o particular dispõe de um direito pré-existente à emissão da autorização, estando apenas o exercício de tal direito condicionado à competente autorização – aos quais se juntam, obviamente, as situações expressamente previstas na lei.

No caso da AIA, tanto em função da disciplina contida na Directiva como na do diploma nacional, não se pode afirmar que o proponente tenha qualquer direito pré-existente à emissão da DIA. Como vimos já, ambos os regimes são densos e exigentes, tanto para os proponentes como para os órgãos administrativos competentes e, no que respeita aos primeiros, as restrições que estabelecem aos seus direitos de iniciativa económica são severas, pelo que não é defensável considerar-se estarmos perante actividades sujeitas a uma mera autorização permissiva, pois é o próprio direito (e não o seu exercício) que está condicionado.

Deste modo, na ausência da disposição especial prevista no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, sempre a conclusão a tirar deveria ser a do *indeferimento tácito* da DIA que não fosse emitida dentro do prazo legalmente previsto. O que acentua a perplexidade suscitada por essa norma.

4. O acórdão do Tribunal de Justiça

O primeiro aspecto que gostaríamos de pôr em evidência sobre o acórdão da Terceira Secção do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é o facto de ele ter a ver com a *transposição defeituosa de Directivas em matéria ambiental*: as 5 Directivas referidas têm todas a ver com o ambiente (para além da AIA, referem-se aos *resíduos*, à *poluição causada por substâncias perigosas lançadas no meio aquático*, à *protecção de águas subterrâneas contra a poluição causada por substâncias*

perigosas e à poluição atmosférica provocada por instalações industriais). Para além disso, todo o acórdão se refere à previsão de autorizações tácitas no direito belga e ao facto de, no entendimento dos magistrados⁵, tal tipo de autorizações violar as Directivas e o actual artigo 249.º do Tratado da Comunidade Europeia⁶. Apenas está em causa, no acórdão, o regime belga de *concessão tácita de autorizações*, com a circunstância especial de ela só se verificar, de acordo com os preceitos em causa, em segunda instância: na verdade, se a autoridade competente não se pronunciar, em primeira instância, sobre um pedido de autorização, considera-se que esta é recusada (isto é, vigora um regime de *indeferimento tácito*) e apenas em caso de interposição de recurso administrativo é que o silêncio tem valor de deferimento (ou seja, após a impugnação administrativa do indeferimento de uma autorização, na falta de resposta por parte da autoridade competente dentro do prazo estipulado, a autorização considera-se concedida). Foi apenas este regime – o qual, como de imediato se vê, é apesar de tudo muito menos penalizante para o ambiente do que aquele estabelecido no nosso Decreto-Lei n.º 69/2000 – que levou a Comissão a instaurar uma *acção de incumprimento* (de acordo com o disposto no artigo 226.º do Tratado CE)⁷ contra o Reino da Bélgica, devido à contradição da figura das autorizações tácitas com Directivas que estabelecem “condições detalhadas quanto aos dados que devem constar de tais autorizações” e quanto ao dever de as autoridades competentes fixarem “um determinado número de elementos, antes de deferir a autorização pedida”⁸.

Por preverem tais condições, tanto a Comissão Europeia, como o Advogado-Geral, como os magistrados do Tribunal de Justiça concordaram que a todas estas Directivas se aplica a *exigência de um acto expresse* de autorização ou de proibição que concretize a obrigação de examinar todos os pedidos de autorização apresentados. Não obstante o campo de aplicação limitado da figura da autorização tácita (o deferimento tácito só se dá em sede de recurso) e o número restrito de autorizações tácitas concedidas, bem como a abundante informação dos organismos envolvidos sobre as consequências da ausência de decisão (tudo de acordo com as informações prestadas pelas autoridades belgas), a convicção das diversas entidades envolvidas neste processo judicial não foi abalada e a acção terminou com a condenação do Reino da Bélgica.

5. Conclusão

A articulação da decisão do Tribunal de Justiça em análise com o regime do deferimento tácito contido no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, não dá azo a quaisquer dúvidas: tal regime é atentatório da Directiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho de 1985 (modificada pela Directiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997).

Se, de acordo com jurisprudência reiterada do Tribunal de Justiça, se aplica a todas as Directivas deste tipo a exigência de um acto expresse⁹, é evidente que a ausência desse acto *nunca pode valer* como deferimento. Como tal, se o regime do artigo 19.º não for revisto, Portugal corre o sério risco de vir a ser condenado pelo Tribunal de Justiça, caso a Comissão proponha contra o Estado português uma acção semelhante àquela que propôs contra o Reino da Bélgica.

Nesta linha, reforça-se a crítica que desde sempre havíamos feito a este aspecto do regime legal nacional da avaliação de impacte ambiental, sendo aconselhável que o legislador se ocupe da sua modificação numa próxima revisão do diploma.

José Eduardo Figueiredo Dias

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



¹ Naturalmente que todas as referências à Directiva n.º 85/337/CEE são relativas à redacção que lhe foi dada pela Directiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997, ou seja, à sua redacção actualmente em vigor.

² Ao longo do comentário vamos sempre referir-nos a *actos tácitos* de deferimento ou indeferimento, por ser esta a terminologia usada na lei nacional e no acórdão do Tribunal de Justiça. Por esta razão, vamos ignorar a oposição de parte da doutrina a esta designação e a preferência pela terminologia “acto silente” (positivo ou negativo).

³ Cfr. *Maria Alexandra Aragão/José Eduardo Dias/Maria Ana Barradas*, “O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos”, *Revista do CEDOUA*, n.º 5 (Ano III – 1.00), pp. 71-91 (pp. 85-87).

⁴ Acrescente-se, ainda, que não nos debruçamos sobre outros dois casos de “deferimentos” tácitos, isto é, duas situações onde se prevê que o esgotamento dos prazos sem uma decisão expressa conduz a um deferimento tácito. Essas duas situações estão previstas no n.º 8 do artigo 11.º (ausência de deliberação da Comissão de Avaliação sobre a proposta de definição do âmbito do ELA) e no n.º 7 do artigo 28.º (verificação da conformidade do projecto de execução com a DIA já emitida no procedimento de AIA relativo ao estudo prévio ou ao anteprojecto).

⁵ Atente-se à curiosidade de o Relator do acórdão ser o Dr. José Narciso da Cunha Rodrigues, antigo Procurador-Geral da República de Portugal.

⁶ De acordo com as alterações que lhe foram introduzidas, pela última vez, pelo Tratado de Amesterdão (ou seja, sem ter ainda em conta as alterações operadas pelo Tratado de Nice o qual, em todo o caso, não alterou este preceito). O Tratado da Comunidade Europeia será doravante designado, de forma abreviada, como “Tratado CE”.

⁷ A *acção por incumprimento*, que pode ser proposta contra um Estado-membro pela Comissão Europeia (artigo 226.º do Tratado CE) ou por qualquer outro Estado-membro (artigo 227.º), destina-se a assegurar a efectividade das normas comunitárias e o seu respeito por parte dos Estados-membros: sobre ela cfr., entre nós e por todos, *Miguel Gorjão-Henriques, Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 274-280.

⁸ Palavras do Advogado-Geral *Jean Mischo*, nas suas conclusões (cfr. 8.).

⁹ Já no ano de 1991 o Tribunal de Justiça tinha exarado dois acórdãos onde a questão era tratada, se bem que não relativamente ao caso específico da *Directiva da Avaliação de Impacte Ambiental*: referimo-nos aos acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991 (Comissão/Itália, C-360/87; cfr. *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, Luxemburgo, 1991-2, p. I-791 a I-823) e de 28 de Fevereiro de 1991 (Comissão/Alemanha, C-131/88; cfr. *Colectânea*, loc. cit., p. I-825 a I-882). Em ambos os arestos estava em causa a transposição defeituosa da Directiva n.º 80/68/CEE, relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição causada por certas substâncias perigosas. Apesar de se considerar que não se exige a reprodução formal e textual do conteúdo da Directiva, ela sujeita a concessão das autorizações a condições precisas e pormenorizadas, razão pela qual se julgou incompatível com o direito comunitário a previsão de uma *autorização provisória tácita*, pois “a norma que repete automaticamente concedida uma autorização provisória no caso de silêncio da administração é manifestamente incompatível com estas disposições” (cfr. Conclusões do Advogado-Geral, 13., p. I-809).

The Tacit Approval of the Declaration of Environmental Impact: changing the regime in force - Another Challenge

Judgment of the Court (Third Chamber)

14 June 2001

(Failure by a Member State to fulfil its obligations — Failure to implement Directives 75/442/EEC, 76/464/EEC, 80/68/EEC, 84/360/EEC and 85/337/EEC — Pollution and nuisance — Waste — Dangerous substances — Pollution of the aquatic environment — Air pollution)

In Case C-230/00,

Commission of the European Communities, represented by H. van Lier, acting as Agent, assisted by M.H. van der Woude and T.E.M. Chellingsworth, lawyers, with an address for service in Luxembourg,

applicant,

v

Kingdom of Belgium, represented by A. Snoecx, acting as Agent,

defendant,

Application for a declaration that, by failing to adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to implement fully the following:

— Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on waste (OJ 1975 L 194, p. 39; EE 15 F1, p. 129), as amended by Council Directive 91/156/EEC of 18 March 1991 (OJ 1991 L 78, p. 32),

— Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976 on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community (OJ 1976 L 129, p. 23; EE 15 F1, p. 165),

— Council Directive 80/68/EEC of 17 December 1979 on the protection of groundwater against pollution caused by certain dangerous substances (OJ 1980 L 20, p. 43; EE 15 F2, p. 162),

— Council Directive 84/360/EEC of 28 June 1984 on the combating of air pollution from industrial plants (OJ 1984 L 188, p. 20; EE 15 F5, p. 43), and

— Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (OJ 1985 L 175, p. 40; EE 15 F6, p. 9),

The Kingdom of Belgium has failed to fulfil its obligations under Articles 9 of Directive 75/442, 3, 4, 5, and 7 of Directive 76/464, 3, 4, 5, 7 and 10 of Directive 80/68, 3, 4, 9 and 10 of Directive 84/360, 2 and 8 of Directive 85/337 and Article 189 of the EC Treaty (now Article 249 EC),

The Court (Third Chamber),

composed of: C. Gulmann, President of the Chamber, J.-P. Puissochet and J.N. Cunha Rodrigues (Rapporteur), Judges, Advocate General: J. Mischo,

Registrar: R. Grass,

having regard to the report of the Judge-Rapporteur,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 8 March 2001,

gives the following

Judgment

1. By application lodged at the Registry of the Court on 9 June 2000, the Commission of the European Communities brought an action under Article 226 EC for a declaration that, by failing to adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to implement fully:

— Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on waste (OJ 1975 L 194, p. 39), as amended by Council Directive 91/156/EEC of 18 March 1991 (OJ 1991 L 78, p. 32),

- Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976 on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community (OJ 1976 L 129, p. 23),
 - Council Directive 80/68/EEC of 17 December 1979 on the protection of groundwater against pollution caused by certain dangerous substances (OJ 1980 L 20, p. 43),
 - Council Directive 84/360/EEC of 28 June 1984 on the combating of air pollution from industrial plants (OJ 1984 L 188, p. 20), and
 - Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (OJ 1985 L 175, p. 40),
- The Kingdom of Belgium has failed to fulfil its obligations under Articles 9 of Directive 75/442, 3, 4, 5, and 7 of Directive 76/464, 3, 4, 5, 7 and 10 of Directive 80/68, 3, 4, 9 and 10 of Directive 84/360, 2 and 8 of Directive 85/337 and Article 189 of the EC Treaty (now Article 249 EC).

Legal context

2. Directives 75/442, 76/464, 80/68 and 84/360 require the Member States to take the necessary measures to ensure that the activities or industrial plants which they regulate are subjected to prior authorisation.
3. Article 2 of Directive 85/337 provides that the Member States are to adopt all measures necessary to ensure that projects likely to have significant effects on the environment are made subject to an assessment of such effects prior to the granting of authorisation.
4. The provisions of Belgian law which were intended to implement Directives 75/442, 76/464, 80/68, 84/360 and 85/337 imposed a requirement to seek authorisation. However, some of the provisions, particularly those contained in the rules of the Regions of Flanders and Wallonia, provide for a system of tacit granting and refusal of authorisation.
5. If the first-level competent authority does not determine a request for authorisation, it is deemed to have been refused. On the other hand, at second level, in the absence of a decision by the competent authority within the time allowed, authorisation is deemed to have been granted. Such is, essentially, the system laid down in Articles 34 to 42 and 49 to 55 of the Order of the Flemish Government of 6 February 1991 enacting the regulations concerning environmental consent (*Moniteur belge* of 26 June 1991, p. 14269), and in Article 11 of the Decree of the Walloon Regional Council of 27 June 1996 on waste (*Moniteur belge* of 2 August 1996, p. 20685).

Pre-litigation procedure

6. Taking the view that the Kingdom of Belgium had not properly implemented Directives 75/442, 76/464, 80/68, 84/360 and 85/337, by letter of 6 July 1998, the Commission gave the Member State an opportunity to submit its observations in accordance with the procedure laid down in the Treaty in respect of the failure by a Member State to fulfil its obligations.
7. Since no reply to that letter was received, the Commission sent a reasoned opinion to the Kingdom of Belgium on 18 December 1998.
8. On 6 January 1999 the Commission received a letter from the Belgian Government to which was attached a letter from the Flemish Government of 8 December 1998. In this, the Flemish authorities submitted the observations requested in the Commission's letter of 6 July 1998, emphasising particularly the limited field of application of tacit authorisation and the small number of such authorisations issued. The Flemish Government added that all the competent authorities and all the consultative bodies concerned were well aware of the consequences of the lack of a decision so that they always ensured that every request for authorisation was subjected to a thorough examination.
9. The reply of the Flemish Government to the reasoned opinion, which was received by the Commission on 15 March 1999, repeated the arguments set out in its letter of 8 December 1998. The Regional Government added, however, that tacit authorisation did not imply passive assessment or neglect on the part of the competent authority, as each request for authorisation gave rise to a detailed assessment.
10. Taking the view that the Kingdom of Belgium had not taken all the measures necessary to comply with the reasoned opinion, the Commission decided to bring this action.

Content

11. The Commission submits that the Court has already held that a system of tacit authorisation is incompatible with the requirements of Directive 80/68 (Case C-360/87 *Commission v Italy* [1991] ECR I-791, paragraph 31). That case law should also apply to the authorisation referred to in Directives 75/442, 76/464, 84/360 and 85/337.

12. The system of tacit authorisation described in paragraph 5 of this judgment is therefore, according to the Commission, incompatible with the provisions of the directives in question.

13. Without disputing the failure of which it is accused, the Kingdom of Belgium confines itself to pointing out, in its defence, that the Flemish Government is in the process of preparing a draft decree on this subject and that the Walloon Government has adopted two preliminary drafts of orders, as well as various measures implementing the Decree of 11 March 1999 relating to environmental consents (*Moniteur belge* of 8 June 1999, p. 21101).

14. In this respect it should be noted that the Court has held, in respect of Directive 80/68, that it 'requires that after each investigation and in the light of the results thereof an express measure, either prohibition or authorisation, must be adopted' (Case C-131/88 *Commission v Germany* [1991] ECR I-825, paragraph 38).

15. Moreover, as was pointed out at paragraph 52 of the judgment in Case C-287/98 *Linster* [2000] ECR I-6917, the essential aim of Directive 85/337 'is that, before consent is given, projects likely to have significant effects on the environment by virtue, *inter alia*, of their nature, size or location should be made subject to an assessment with regard to their effects.

16. It follows from that case-law that tacit authorisation cannot be compatible with the requirements of the directives referred to in this action because they prescribe, in the case of Directives 75/442, 76/464, 80/68 and 84/360, systems of prior authorisation, and, in the case of Directive 85/337, assessment procedures preceding the granting of authorisation. The national authorities are therefore required under each of those directives to examine individually every request for authorisation.

17. As for the additional implementing measures which the Regions of Flanders and Walloon are in the course of adopting, it is appropriate to point out that under the third paragraph of Article 189 of the Treaty, directives are binding upon each Member State to which they are addressed concerning the result to be achieved. It follows from settled case law that that obligation requires compliance with the time-limits set by directives (see, among others, Case 10/76 *Commission v Italy* [1976] ECR 1359, paragraphs 11 and 12, and Case C-176/00 *Commission v Greece* [2001] ECR I-0000, paragraph 7).

18. In those circumstances it must be held that, by failing to adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to implement fully Directives 75/442, 76/464, 80/68, 84/360 and 85/337, the Kingdom of Belgium has failed to fulfil its obligations under Articles 9 of Directive 75/442, 3, 4, 5 and 7 of Directive 76/464, 3, 4, 5, 7 and 10 of Directive 80/68, 3, 4, 9 and 10 of Directive 84/360 and 2 and 8 of Directive 85/337.

Costs

19. Under Article 69(2) of the Rules of Procedure, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Since the Commission has applied for costs and the Kingdom of Belgium has been unsuccessful, the latter must be ordered to pay the costs.

On those grounds,

The Court (Third Chamber)

hereby:

1. Declares that by failing to adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to implement fully:

- Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on waste, as amended by Council Directive 91/156/EEC of 18 March 1991,
- Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976 on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community,
- Council Directive 80/68/EEC of 17 December 1979 on the protection of groundwater against pollution caused by certain dangerous substances,
- Council Directive 84/360/EEC of 28 June 1984 on the combating of air pollution from industrial plants, and

— Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment,

The Kingdom of Belgium has failed to fulfil its obligations under Articles 9 of Directive 75/442, as amended by Directive 91/156, 3, 4, 5, and 7 of Directive 76/464, 3, 4, 5, 7 and 10 of Directive 80/68, 3, 4, 9 and 10 of Directive 84/360 and 2 and 8 of Directive 85/337.

2. Orders the Kingdom of Belgium to pay the costs.

Gulmann

Puissochet

Cunha Rodrigues

Delivered in open court in Luxembourg on 14 June 2001.

R. Grass

C. Gulmann

Secretary

President of the Third Chamber

Conclusions of the Advocate General

Jean Mischo

Presented on 8 March 2001

Case no C – 230/00

Commission of the European Communities

against

The Kingdom of Belgium

“Failure by a Member State to fulfil its obligations — Failure to implement Council Directives 75/442/EEC, of 15 July 1975, 76/464/EEC, of 4 May 1976, 80/68/EEC, of 17 of December 1979, 84/360/EEC, of 28 June 1984, and 85/337/EEC, of 27 June 1985 – Pollution and nuisance – Waste – Dangerous substances – Pollution of the aquatic environment – Air pollution”

1. The action brought by the Commission for a declaration that, by failing to adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to implement fully Article 9 of Council Directive 75/442/EEC, of 15 July 1975 on waste, under the terms of Council Directive 91/156/EEC, of 18 March 1991, Articles 3, 4, 5 and 7 of Council Directive 91/464/EEC, of 4 May 1976, on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community, Articles 3, 4, 5, 7 and 10 of Council Directive 80/68/EEC, of 17 December 1979, on the protection of groundwater against pollution caused by certain dangerous substances, Articles 3, 4, 9 and 10 of Council Directive 84/360/EEC, of 28 June 1984, on the combating of air pollution from industrial plants, and Articles 2 and 8 of Council Directive 85/337/EEC, of 27 June 1985, on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, the Kingdom of Belgium has failed to fulfil its obligations under Article 249 EC and under these Directives.

2. In this context, the Commission, without being contested by the defendant, holds that both the legislation applicable in the Flemish region and in the Walloon region use the mechanism of tacit authorisations when enforcing the directives above mentioned.

3. Thus, in these regions, if the competent authority does not state its position regarding an authorisation request, within the time-limit allowed, it is deemed to have been refused. On the other hand, in case of an appeal, the authorisation is considered as granted in the lack of a response from the competent authority, within the time-limit.

4. Well, according to the Commission, it is indisputable that such tacit authorisations are incompatible with the demands of the directives referred to above.

5. I share this analysis.

6. In fact, just as the Commission has rightly pointed out, the Court of Justice has decided that it cannot be concluded that the mechanism of tacit authorisations or even of tacit refusals complies with the demands of Directive 80/68.

7. Well, I do not see any reason why this case law should not be extended to the other directives in question in this document.

8. In fact, all of them concern, among other issues, the authorisations to be granted to the various activities likely to have effects on the environment. Besides this, on the one hand, all set out detailed conditions for the inclusion of data in those authorisations, and on the other hand, they determine the guarantees that the competent authority should have and whose obligation it is to analyse a certain number of elements by way of various studies, before approving the authorisation requested.

9. From that I find that an express act is demanded for all those directives, as determined by the above-mentioned case-law.

10. In fact, just as the Commission alleges, in the absence of such an act, it is not possible to ensure that the authorisations are only granted after all the conditions set out by the directives, both concerning the content of such authorisations and the studies prior to their granting, are met.

11. Besides, the defendant admits that, in the current legislation in both regions under discussion here, that guarantee does not exist.

12. On the other hand, it strengthens the efforts that are nowadays being made by the authorities in question, to resolve the situation, although they have not produced any results yet.

13. However, one must remember that from the settled case law derives the fact that the non-compliance must be judged at the end of the time-limit set out in the reasoned opinion. In this case, that time-limit consisted of two months starting from the notification of the reasoned opinion, made by letter on 18 December 1998.

14. As a result of what was said above the non-compliance is proved and the Commission's request should be granted.

Conclusion

15. Consequently, I recommend that the request made by the Commission is accepted and that the Court of Justice declares the following,

The Kingdom of Belgium, by failing to adopt the laws, regulations and administrative provisions necessary to implement fully Article no 9 of Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on waste, as amended by Council Directive 91/156/EEC of 18 March 1991; Articles 3, 4, 5 and 7 of Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976 on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community; Articles 3, 4, 5, 7 and 10 of Council Directive 80/68/EEC of 17 December 1979 on the protection of groundwater against pollution caused by certain dangerous substances; Articles 3, 4, 9 and 10 of Council Directive 84/360/EEC of 28 June 1984 on the combating of air pollution from industrial plants; and Articles 2 and 8 of Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, failed to fulfil its obligations under Article 249 EC as well as under these directives.

16. Consequently, I recommend that the Kingdom of Belgium is found guilty and is ordered to pay Court costs.

Commentary

1. Introduction

Although this judgement refers to an action brought by the European Commission against the Kingdom of Belgium, it is of particular relevance to Portugal. In fact, this judicial decision finds the Kingdom of Belgium guilty for failing to adopt the necessary laws, regulations and administrative provisions to fully implement some Directives and, in our opinion; our country has committed a similar violation regarding at least one of the Directives.

We refer specifically to Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 (subsequently amended in detail by Council Directive 97/11/EC of 3 March 1997), concerning the environmental impact assessment (EIA). In our opinion, the national diploma that implemented this Directive suffers from the same problems that led to the instigation of *an action for non-compliance* brought by the Commission against Belgium, where the Court of Justice, through this judgement, ruled against the Kingdom of Belgium, which was censured for failing to adopt the necessary laws, regulations and administrative provisions to fully implement the Directives under study.

Well, our Decree law n.º 69/2000 of 3 May, which sets out the legal regime for the assessment of environmental impacts, thus introducing “Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 into the domestic legal regime, with the changes made by Council Directive 97/11/EC of 3 March 1997” (as expressly referred to in n.º 1 of its Article 1), contains a defect similar to the one that was the basis of this action (in fact, an even more serious one, as we shall see).

Therefore, first we are going to analyse the regime in Directive 85/337/EEC (amended by Directive 97/11/EC), then the legal content of Decree law n.º 69/2000 that is relevant to our commentary and, finally, the judgement of the Court of Justice under study, so that, at the end, we can make some conclusive statements.

2. The regime of Directive 85/337/EEC

Directive 85/337/EEC is one of the most well-known Community Directives on environmental protection because it was the first to determine the obligation, within the Community, to perform the assessment of the environmental impacts of all projects likely to cause them. Thus, its influence on Portuguese law was very significant, having resulted in the creation of the EIA among us, through Decree law n.º 186/90 of June 6 and through the Ruling decree n.º 38/90 of 27 November. After the amendment of the Community regime through the aforementioned Directive 97/11/EC, an action was brought against Portugal (by the European Commission) for non-compliance and Portugal was obliged to make changes between the writing of those two legal texts and, eventually, had to make a global change to its EIA regime through Decree law n.º 69/2000.

We have no desire to undertake any analysis of the historical evolution of the EIA regime in Portugal, which would serve no purpose in a mere case-law commentary, but rather to draw attention to *the direct influence of the EIA Community regime* on its Portuguese equivalent.

Bearing in mind the content of the judgement of the Court of Justice and the problems therein discussed, we consider it appropriate to highlight the very precise nature of the Directive and the *direct impositions* regarding the national legislator(s), that resulted from it. And although the Portuguese legislator went beyond what was set out in the Directive, in some aspects (as we shall see next, regarding the *legal force* of the EIA decision, which we currently call the declaration of environmental impact – DEI), it is still interesting to highlight some of the norms in the Community text¹. We draw attention in particular to:

- N.º 2 of Article 1, where the word *approval* is defined as “the decision by the competent authority or authorities that grants the owner of the project the right to carry it out”;
- Article 3, according to which “The assessment of environmental impacts, will identify, describe and assess (...) the direct and indirect effects of a project based on the following factors (...)”,
- N.º 2 of Article 6, where it is established that “Member States will ensure that all requests for approval (...) are made available for public viewing (...) so that it has the opportunity to give its opinion before *authorisation is granted*” (our italics);
- And n.º 1 of Article 9, which reads “When approval has been *granted or refused*, the competent authority or authorities will inform the public of that (...) and will make available to the public *the content of the decision and the conditions that may be attached to it, as well as the main reasons and the opinions on which the decision is based* (...)” (our italics).

The written norms clarify the content of the Directive and, also, do not allow tacit decisions (namely a silent act, either with a negative or positive content²), not even in an implicit way, that is to say, by

virtue of letting the time-limit, set out in the national provisions for decision taking, without the practice of an *express act*. Therefore, in our opinion (which was confirmed implicitly by the judgement under discussion) national laws that lay down tacit acts should always do it aiming at refusals, that is to say, negative tacit acts.

3. Portuguese law

3.1. The Regime of tacit refusal of Decree law n.º 69/2000

As we pointed out immediately after the publication of Decree law n.º 69/2000, the regime of Article 19 is open to serious criticism ³, because it establishes the tacit approval of the DEI (which in the terms of line g) of Article 2, consists of “the decision issued within the scope of the EIA about the viability of the execution of projects subject to the regime laid down in this legal text”).

Besides the possible non-conformity of this regime with Community law – which is confirmed by this judgement anyway – we considered this regime to be *paradoxical* with the rest of the legal text, right from the beginning, given that it establishes the binding of the negative DEI (probably considered its most significant innovation). Although such a conclusion is drawn *contrario sensu*, norm 1 of Article 19 clearly establishes that “The act of licensing or authorising projects *can only be carried out* after notification of the *respective favourable or conditionally favourable DEI* (...)” (our italics). The regime is also strengthened by n.º 3 of the same Article, where *nullity* is the punishment for all acts that did not comply with this regime.

This way, we believe the possibility to completely subvert the legal regime has opened up due to the lack of coherence in the regime of tacit approval regarding the choice (not only legal but also political) to interpret the DEI as a *favourable report*, in other words, as a declaration that only allows a decision of licensing or authorisation of the project when it is positive, thus, stopping the approval of the licensing or the authorisation when the DEI is negative). In other words, if, on the one hand, the national legislator went beyond what is set out in the Directive (which, both in its original version and in its amended one, does not establish any imposition regarding the binding of a decision on the assessment of environmental upon the final decision of authorising or licensing the project) by determining the prohibition of the licensing or authorisation of projects that were “failed” in the EIA, on the other hand, it subverts the very regime it created because it puts at risk the actual fulfilment of the objectives of the Directive.

This way, whether by negligence, or by deliberate intention, the risk is run of allowing the authorisation or licensing of projects, that can have extremely negative effects on the environment, because there is no express decision on the matter.

In practice, this may lead to a much more serious situation than that, where a project warrants a favourable DEI, when it should really have been failed. In this case, because there was an express decision, the licensing or authorisation conditions of a project must always be met. In principle, these conditions were specified in the favourable DEI (see n.º 2 and 3 of Article 17) as well as, the measures to minimise the negative environmental impacts that the proponent must adopt in the execution of the project (that are mandatorily listed in the favourable or conditionally favourable DEI, according to the second part of n.º 2 and in n.º 3 of Article 17). Whereas, in the case of a tacit approval of the DEI, the body competent for the licensing or authorisation of the project must only take into consideration (in the absence of other data or criteria) “the EIS presented by the proponent” (n.º 2 of Article 19).

Thus, in the failure of communication from the DEI within the time-limit, nothing else will be revealed about the EIA procedure, except the EIS that is presented by the proponent, and in whose elaboration only the bodies of the organic structure of the EIA can intervene, if the phase of the definition of the scope of the EIS has taken place. Neither the results of the technical examination of the EIS nor, the results of the participation of the interested parties will be taken into account. Such phases will naturally already have occurred and their contribution is too significant to be put aside.

Thus, the viability of the project will be made through an administrative act that rests on a fictitious DEI regarded as the final decision of a procedure from which nothing can be used for the protection of the environmental riches and factors, during the licensing and authorisation procedure.

Still with exclusive regard to Decree Law no. 69/2000, we can add the “sin “ of incoherence, given that the rule of tacit approval is put aside in the case of projects with transboundary impacts. In the light of what is laid down in Article 33, when the project might cause a significant environmental impact in the territory of another or other European Union Member States, that state, after being informed by the Portuguese Republic of such a fact (and after receiving the information laid down in no. 1 of the above mentioned Article 33) may participate in the EIA procedure. However, in such situations, the legislator will have *expressly* excluded the enforcement of rule n.º 1 of Article 19, thus not creating a tacit approval (see n.º 3 of Article 33).

Besides this incoherence, it is difficult to understand the reasons that led the legislator to abandon the solution of tacit approval in these situations since the greater slowness of the procedure could always be remedied with the setting out of longer time-limits (which already happens in part), but not with the setting up of a different regime⁴. It seems as though he/she feared the enforcement of a regime (about which he/she had doubts) on procedures in which another or other states might be involved in.

Finally, we should add that the time-limits laid down in Decree Law n.º 69/2000 for the issuing of a DEI are extremely reduced (a total time-limit of 140 or 120 days, depending on whether the project is laid down in Annex I or in Annex II), which makes the creation of a tacit agreement unlikely, which reinforces the criticisms to the regime.

3.2. Global regime of tacit decisions in Portuguese Law

We would just like to add that the criticism to the solution in Article 19 of Decree-law n.º 69/2000 becomes much stronger if joined with the global regime of the content of the tacit decisions laid down in the Code of Administrative Procedure (CAP).

Although the legal text in the CAP Articles 108 and 109 is very confusing, one can conclude from these principles, that the general rule in force in Portuguese Law, concerning the meaning of the silence of the administrative bodies, when they let the time-limits — either laid down in the law or in the regulations — for them to issue their decisions expire, is that of implied refusal. This rule is set up in n.º 1 of Article 109, and the only exception to it is n.º 1 of Article 108 for cases in which “the practice of an administrative act or the practice of a right by a private individual depend on the approval or authorisation of an administrative body” all the cases “where a tacit approval was laid down in special laws and some lead to a tacit approval because they are dependent on the approval or authorisation of an administrative body” (as specified in n.º 3 of the same principle).

We can conclude from 1 of Article 108 that only the tacit approval of the activities of private individuals subjected to what the doctrine calls *permissive authorisation* is laid down — that is to say, in the

situations where the private individual has a pre-existing right to issue the authorisation, and only the practice of that right is conditioned by the competent authorisation – besides the situations explicitly laid down in the law.

In the case of the EIA, both in the face of the legal text in the Directive and that of the national legal text, one cannot say that the proponent has any pre-existing right regarding the issuing of the DEI. As we have already seen, both regimes are dense and demanding, both for the proponents and for the competent administrative bodies and, with regard to the former, the restrictions that determine their rights of economic initiative are severe, therefore, it is indefensible to consider that these are activities subjected to a mere permissive authorisation, because it is the right itself (and not its practice) that is conditioned.

This way, in the absence of the special provision laid down in Article 19 of Decree law n.º 69/2000, the conclusion that should always be drawn would be that of *tacit refusal* of the DEI that had not been issued within the legal time-limit. This emphasises the perplexity which has emerged from that norm.

4. The Judgement of the Court of Justice

The first aspect that we would like to point out about the judgement of the Third Chamber of the European Community Court of Justice is the fact that it concerns with the *defective implementation of the Directives on environmental matters*. The five Directives referred to are all on environmental issues (besides the EIA, they refer to *waste, to pollution caused by dangerous substances discharged into the aquatic environment, to the protection of underground waters against the pollution caused by dangerous substances and to air pollution caused by industrial plants*). Besides this, the rest of the judgement refers to the laying down of *tacit authorisations* in Belgian law and to the fact that, in the Magistrates opinion⁵, such types of authorisation violate the Directives and this Article 249 of the European Community Treaty⁶.

In the judgement, all that is questioned is the Belgian regime of *tacit granting of authorisations*, with the special circumstance of them only being practiced, according to the principles at stake, in the second instance. In fact, if the competent authority does not say anything, in the first instance, about a request for an authorisation, it is deemed to have been refused (i.e., a regime of *tacit refusal* is in force). Only in the case of an administrative appeal will this silence mean an approval (i.e., after the administrative refutation of the refusal of an authorisation, in the lack of a response from the competent authority within the set time-limit, the authorisation will be deemed to have been granted). It was only this regime – which, as one can immediately see, in spite of everything, is much less damaging to the environment than that set out by our Decree law n.º 69/2000 – that has led the Commission to bring an *action for non-compliance* (under the terms of Article 226 of the Treaty of the EC)⁷ against the Kingdom of Belgium, due to the contradiction between the tacit authorisations and the with Directives that determine “detailed conditions concerning the data which must be included in such authorisations” and concerning the duty of the competent authorities to set “a certain number of elements, before granting the requested authorisation”⁸. Because they had laid down those conditions, both the European Commission and the Advocate General, as well as the Magistrates of the Court of Justice agreed that, where these Directives were concerned, an *express act* of authorisation or prohibition was mandatory for the fulfilment of the duty to examine all the requests for authorisation put forward.

The beliefs of the various entities involved in this legal case were not shaken despite the limited area of action of the tacit authorisation (the tacit approval is only granted when there is an appeal) and the restricted number of tacit authorisations granted, as well as the abundant information on the parties involved in the consequences of the lack of a decision (according to the information given by the Belgian authorities). The case was closed with the conviction of the Kingdom of Belgium.

5. Conclusion

The articulation of the decision of the Court of Justice under analysis with the regime of tacit approval contained in Article 19 of Decree law n.º 69/2000 of 3 May does not leave any room for doubts. Such a regime is prejudicial to Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 (amended by Council Directive n.º 97/11/EC of 3 March 1997).

If, according to case law reiterated in the Court of Justice, the demand of an express act⁹ is applicable to all the Directives of this type, it is clear that the absence of such an act *can never be taken* as an approval. As such, if the regime in Article 19 is not revised, Portugal runs the serious risk of being convicted by the Court of Justice, if the Committee brings an action against the Portuguese Republic similar to the one it brought against the Kingdom of Belgium.

Thus, the criticisms that we have been constantly making about this aspect of the national legal regime of assessment of environmental effects are strengthened. Therefore, it would be advisable that the legislator amends it in the next revision of the legal text.

José Eduardo Figueiredo Dias

Assistant Professor of Faculty of Law of University of Coimbra

¹ Of course, all references to Directive 85/337/EEC refer to the amendments made to it in Council Directive no 97/11/EC of 3 March 1997, or rather, to the Directive currently in use.

² Throughout the commentary, we will always refer to tacit acts of approval or refusal, because this is the terminology used in national law and in the judgement of the Court of Justice. For this reason, we will ignore the opposition by part of the doctrine to this designation and the preference for the terminology "silent act" (positive or negative).

³ See Maria Alexandra Aragão/José Eduardo Dias/Maria Ana Barradas, "The New Regime of the EIA: an assessment of the possible legislative effects", *Revista do Cedoua*, n.º 5 (Ano III – 1.00), p. 71 - 91 (p.85 - 87).

⁴ We should also add that we do not comment on the two other cases of tacit approvals, that is to say, two situations where it is laid down that the expiry of time-limits without an express act will lead to a tacit approval. Those two situations are laid down in n.º 8 of Article 11 (absence of a decision from the Assessment Commission on the proposal of definition of the scope of the EIS) and in n.º 7 of Article 28 (the checking of the conformity of the execution project with the DEI already issued in the EIA procedure concerning the previous study or pre-project).

⁵ Notice the fact that the Judge-Rapporteur of the judgement is Dr. José Narciso da Cunha Rodrigues, former Advocate General of Portugal.

⁶ According to the changes, which were introduced to it, last time, by the Treaty of Amsterdam (i.e. without taking into consideration the changes made by the Treaty of Nice which did not modify this principle anyway). The Treaty of the European Union will be from now on designated, in abbreviation, as "Treaty of The EC".

⁷ The action for non-compliance which may be brought against a Member-state by the European Commission (Article 226 of the EC Treaty) or by any other Member State (Article 227), aims to guarantee the effectiveness of Community norms and to make Member States respect them (see “Among us and for all”, Miguel Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário (Community Law)*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 274-280.

⁸ Words spoken by the Advocate General Mischo, in his conclusions (see 8.)

⁹ Already by the year 1991, the Court of Justice had registered two judgements where the issue was considered, although not in the specific case of the *Directive of the Assessment of Environmental Effects*. We refer to the judgements of 28 February 1991 (Commission/Italy, C-360/87; see *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância*, Luxemburg, 1991-2, pp. I-791 to I-882) and of 28 February 1991 (Comissão/Alemanha, C-131/88; see *Colectânea*, loc. cit., p. I-825 a I-882. In both judgements, the issue was the defective implementation of Directive 80/68/EEC, concerning the protection of groundwater against the pollution caused by certain dangerous substances. Although it is considered that the formal and textual reproduction of the contents of the Directive is not demanded, it subjects the granting of the authorisations to precise and detailed conditions. For this reason, the laying down of a *tacit provisional authorisation* has been seen as incompatible with Community law because “the norm that regards a provisional authorisation as automatically granted, in the case of silence from the administration, is clearly incompatible with these arrangements” (see Conclusion of the Advocate General, 13., p. I-809).

Translated by Jeremy Waterson