CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 10 de Dezembro de 1998 *

1. Nesta acção por incumprimento, a Comissão pretende obter a declaração de que, em 3 de Setembro de 1995, a República Francesa não tinha classificado em zona de protecção especial (a seguir «ZPE»), para efeitos da directiva relativa às aves selvagens [1], uma área suficientemente extensa do estuário do Sena, que o regime de protecção adoptado para a ZPE classificada em 1990 era legalmente inadequado e que a construção de uma fábrica de gesso de titânio conduziu à deterioração da ZPE.

I — Matéria de facto e tramitação processual

2. O estuário do Sena é, de um ponto de vista ornitológico, uma das zonas húmidas mais importantes do litoral francês. É frequentada por grande número de espécies protegidas referidas no Anexo I da directiva e de espécies migratórias cuja protecção especial é exigida pelo artigo 4.°, n.° 2, da directiva. Um estudo de 1994 publicado pelo Ministério do Ambiente francês [2] identificou os locais de maior importância que acolhiam espécies de aves selvagens reputadas de importância comunitária e internacional de acordo com critérios que correspondiam aos da directiva. No inventário, sob a referência HN 03, figura uma zona do estuário do Sena com cerca de 21 900 hectares. O inventário ornitológico europeu «Important Bird Areas in Europe», publicado em 1989, referia uma área de 7 800 hectares no estuário.

3. Em 11 de Abril de 1985, o ministro do Ambiente celebrou com os portos autónomos do Havre e de Rião uma convenção (a seguir «convenção»), pelo período de 10 anos, para protecção de 3 300 hectares, propriedade do Estado francês. Cerca de 2 000 hectares foram considerados de interesse ecológico a longo prazo, enquanto os restantes 1 300 hectares deviam ser preservados enquanto se aguardava a sua utilização industrial ou portuária. Parte desse território, ou seja, uma área de cerca de 2 750 hectares, foi oficialmente classificada em ZPE em 1990.

4. A Comissão, na sequência da recepção de duas queixas relativas à construção no Hode, no estuário do Sena, de um depósito para tratamento e armazenagem de gesso de titânio,

* Língua original: inglês.

1 — Directiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979, relativa à conservação das aves selvagens (JO L 103, p. 1; EE 15 F2 p. 125) (a seguir «directiva»).

2 — Inventário científico das zonas importantes para a conservação das aves (a seguir «inventário ZICA»).

escreveu às autoridades francesas em 23 de Agosto de 1991. Nas suas respostas de 7 e 22 de Novembro de 1991, as autoridades francesas afirmaram que o depósito estava situado no exterior da ZPE que tinha sido classificada, ao mesmo tempo que forneciam à Comissão uma cópia do estudo do impacto ambiental dessas instalações. Esse estudo referia a presença no local de cordonizões (*Crex crex*), espécie protegida nos termos do Anexo I da directiva. Em 23 de Dezembro de 1992, a Comissão enviou uma carta de notificação de incumprimento à República Francesa, nos termos do artigo 169.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, tendo as autoridades francesas respondido em 18 de Novembro de 1993. Em 3 de Julho de 1995, a Comissão formulou um parecer fundamentado em que invocava a insuficiência da área e do regime de protecção legal da ZPE do estuário do Sena, bem como o facto de não se ter impedido a deterioração da zona. As autoridades francesas foram convidadas a tomar as medidas necessárias para dar cumprimento a esse parecer no prazo de dois meses. Na sua resposta de 19 de Outubro de 1995, informaram a Comissão da sua intenção de classificar mais 10 000 hectares em ZPE, contestando, no entanto, o resto das afirmações da Comissão. Em conformidade com um estudo científico posterior, o Decreto n.° 97-1329, de 30 Dezembro de 1997 [3], criou a Reserva Natural do Estuário do Sena, e classificou mais 14 500 hectares em ZPE.

5. A Comissão propôs a presente acção através de petição entrada no Tribunal de Justiça em 30 de Abril de 1997.

3 — *Journal officiel de la République française* de 1 de Janeiro de 1998, p. 48.

II — As disposições pertinentes do direito comunitário

6. As disposições da directiva são bem conhecidas do Tribunal de Justiça, e não necessitam de ser reproduzidas aqui *in extenso* [4]. Neste caso, as principais obrigações em causa são as impostas aos Estados-Membros, primeiro, pelo artigo 4.°, n.os 1 e 2, que dispõe que «[classificarão], nomeadamente, em zonas de protecção especial os territórios mais apropriados, em número e em extensão, para a conservação (as espécies ameaçadas e migratórias) na zona geográfica marítima e terrestre de aplicação da presente directiva», e, em segundo lugar, pelo artigo 4.°, n.° 4, para evitar a poluição ou a deterioração dos habitats bem como as perturbações que afectam as aves, nas zonas assim classificadas, «desde que tenham um efeito significativo a propósito dos objectivos do presente artigo».

III — Análise

a) A dimensão da ZPE

7. A República Francesa admitiu expressamente que a primeira ZPE classificada em 1990 tinha uma superfície insuficiente e reconheceu que a ZPE devia abranger uma área de aproximadamente 16 800 hectares. Esta

4 — Para uma exposição mais detalhada v. os n.os 11 a 23 das conclusões que apresentei no processo C-44/95, Royal Society for the Protection of Birds (acórdão de 11 de Julho de 1996, Colect., p. I-3805, a seguir «acórdão RSPB»).

situação manteve-se até depois do termo do prazo que lhe foi concedido para dar cumprimento às exigências do parecer fundamentado. Proponho, portanto, que o Tribunal de Justiça acolha o pedido da Comissão no que toca à primeira acusação. É óbvio que os problemas que a República Francesa apresentou na audiência para justificar o seu atraso no cumprimento das suas obrigações, como a existência de uma oposição local e a necessidade de tomar em consideração o desenvolvimento económico futuro, são neste caso totalmente irrelevantes.

b) O regime jurídico de protecção da ZPE no quadro da convenção

8. As acusações que a Comissão faz a este propósito suscitam um certo números de questões interessantes, como a da existência, nos termos do artigo 4.°, n.° 1, da directiva, de uma obrigação de instituir um regime legal vinculante e que possa ser invocado por terceiros. Isto conduz a que nos interroguemos sobre se uma ZPE pode ser criada através de um acto de natureza contratual em vez de uma lei ou de um acto administrativo. Não considero, todavia, que o Tribunal de Justiça tenha, ou necessite, de abordar esse problema, pois, quando o prazo para cumprimento fixado no parecer fundamentado terminou, ou seja, em 3 de Setembro de 1995, a convenção já não estava em vigor.

9. É jurisprudência constante que «a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado» [5]. No seu parecer fundamentado, e isto na parte relativa ao problema em análise, a Comissão baseava-se apenas na insuficiência do regime de protecção jurídica previsto na convenção, enquanto admitia expressamente que a República Francesa tinha, de facto, classificado em ZPE uma área de 2 750 hectares que se encontrava incluída na zona coberta pela convenção. A Comissão não tentou demonstrar que a República Francesa não cumpriu as suas obrigações materiais, impostas pelo artigo 4.°, n.° 4, da directiva [6], ao não adoptar medidas de prevenção da poluição ou da deterioração dos habitats das aves ou das perturbações que as afectam, nas áreas assim classificadas. Esta linha de argumentação foi fielmente reproduzida na petição que apresentou no Tribunal de Justiça.

10. Na falta de qualquer indício concreto de que a convenção celebrada entre o Governo Francês e as autoridades portuárias do Havre e de Ruão, no que toca aos bens de domínio público, podia permitir que se causasse um dano identificável aos interesses ornitológicos, ou, por outras palavras, que o Estado francês

5 — Acórdão de 19 de Maio de 1998, Comissão/Países Baixos (C-3/96, Colect., p. I-3031, n.° 36).

6 — V. acórdão de 2 de Agosto de 1993, Comissão/Espanha, dito «marismas de Santoña», C-355/90 (Colect., p. I-4221, n.° 22).

não protegeu esses interesses no seu próprio território, não vejo qual a utilidade de me debruçar sobre a questão abstracta de saber se uma convenção pode assegurar uma protecção adequada. De qualquer forma, na altura relevante, cerca de 80% da área em causa (3 300 hectares) fazia parte da ZPE (2 750 hectares) classificada em 1990. A Comissão não se debruçou especificamente sobre os 550 hectares que ficaram fora da ZPE, questão que tem a ver com a primeira acusação.

11. Proponho, por isso, que o Tribunal de Justiça rejeite o pedido da Comissão no que respeita à insuficiência do regime de protecção jurídica da ZPE decorrente da convenção de 11 de Abril de 1985, com o fundamento de que esta já não se encontrava em vigor quando terminou o prazo fixado para cumprimento do parecer fundamentado.

12. Evidentemente que não se deve considerar esta recomendação como equivalente a reconhecer que, nos seus termos, o regime estabelecido pela convenção constituía uma aplicação suficiente, em termos legais, da obrigação da República Francesa classificar o estuário do Sena em ZPE, mas antes como o reconhecimento de que a Comissão, nas presentes circunstâncias, não demonstrou a existência de uma obrigação como a que refere na sua acusação, nem a violação de tal obrigação.

c) A construção de uma fábrica de gesso de titânio no Hode

13. Em terceiro lugar, a Comissão acusa as autoridades francesas de terem permitido a construção de um depósito de gesso numa zona que devia ter sido incluída na ZPE do estuário do Sena, e que, ao fazê-lo, a República Francesa violou as obrigações que para si decorrem do primeiro período do n.° 4 do artigo 4.° da directiva. Baseia-se na circunstância de a fábrica e as suas dependências, que cobrem uma área de 50 hectares, estarem situadas em prados húmidos de grande interesse para o repouso, a alimentação e a reprodução de inúmeras espécies ameaçadas e de espécies migratórias de aves selvagens. Na audiência, a Comissão indicou ser este o único ponto da terceira acusação que a preocupava, e, por consequência, não me proponho tratar dos outros aspectos suscitados nos seus articulados.

14. A Comissão não especifica se está a referir-se às obrigações impostas pelo artigo 4.°, n.° 4, da directiva, na sua versão original, ou às que resultam do artigo 7.° da Directiva 92/43/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1992, relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens [7]. Como resulta dos autos que a construção da fábrica começou antes da entrada em vigor da última directiva, considero ser aplicável a versão original do artigo 4.°, n.° 4.

7 — JO L 206, p. 7.

15. A República Francesa contestou vigorosamente as alegações que a Comissão fez a este propósito, alegando que não era obrigada, nos termos da directiva, a classificar o terreno em questão em ZPE, e que o funcionamento da fábrica não constitui uma violação da obrigação, decorrente do artigo 4.°, n.° 4, de manter os habitats efectivamente protegidos. Em especial, invoca os seguintes argumentos:

— a construção do depósito de gesso de titânio é uma consequência directa da aplicação da Directiva 92/112/CEE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1992, que estabelece as regras de harmonização dos programas de redução da poluição causada por resíduos da indústria do dióxido de titânio tendo em vista a sua eliminação [8];

— a construção foi precedida por dois estudos de impacto ambiental, levados a cabo em 1991 e 1993, tendo-se no segundo chegado à conclusão de que não haveria deterioração significativa do habitat das espécies em causa; esta conclusão foi confirmada por um *commissaire enquêteur* independente, na sequência de uma investigação pública, levada a cabo entre os meses de Dezembro de 1994 e Janeiro de 1995, sobre o funcionamento da referida instalação;

— o simples facto de o local onde está instalado o depósito de gesso de titânio estar integrado numa das ZICA recenseadas não permitia que daí se deduzisse uma obrigação de a classificar em ZPE e, de qualquer modo, a Comissão não tinha conseguido provar, através de meios científicos, que essa zona devia ter sido classificada;

— de acordo com a classificação da Direcção Regional do Ambiente (DIRAM), o local escolhido para a instalação do depósito de gesso de titânio não figurava entre os mais interessantes do estuário para efeitos da conservação da biodiversidade. Além disso, o local não podia ser classificado de «zona húmida», de acordo com a convenção de Ramsar, e estava de facto seco desde há várias décadas, ainda que, porém, fosse geralmente descrito como um pântano;

— a armazenagem do gesso efectuada na fábrica do Hode não viola as exigências de conservação do artigo 4.°, n.° 4, dado que o gesso de síntese não é ecotóxico, que os despejos na água são muito pouco poluentes, que a sua armazenagem até uma altura de 25 metros não é susceptível de perturbar o comportamento migratório das aves e que a entrada em serviço da referida fábrica só aumentou o tráfico rodoviário em 2,3%;

— tinha sido adoptado um certo número de medidas importantes para evitar qualquer poluição ou deterioração dos *habitats* e das espécies presentes no local.

8 — JO L 409, p. 11.

16. Parece existir um certo desacordo no que toca à área exacta do local, variando as estimativas entre 35 e 100 hectares. Na sua réplica, a Comissão referiu que a instalação, o depósito e o acesso rodoviário ocupam 50 hectares de prados naturais do maior interesse ornitológico, situados dentro de um enclave no interior da ZPE classificada em 1997, mas dela excluídos. A República Francesa declarou, sem ser contestada, que outros 50 hectares contíguos ao local tinham ficado de reserva, mantidos como prado húmido e geridos em ligação com a reserva natural; é proibida a armazenagem nessa zona. Na esteira da delimitação que, na audiência, a Comissão fez da sua acusação, confinarei as minhas observações ao local, compreendido entre 35 e 50 hectares, onde se encontram implantadas as instalações, o depósito e o acesso rodoviário.

17. Para que a Comissão obtenha ganho de causa no que toca a esta acusação, deve, em primeiro lugar, demonstrar que o local fazia parte dos «territórios mais apropriados... para a conservação [das espécies em causa]», e, por conseguinte, que a República Francesa tinha a obrigação de a classificar ou incluir numa ZPE. É de jurisprudência constante que «incumbe à Comissão, no quadro de um processo por incumprimento nos termos do artigo 169.° do Tratado, fazer prova da existência do alegado incumprimento... sem poder basear-se em qualquer presunção» [9]. Em apoio da aptidão do local para efeitos da directiva, a Comissão refere o facto de o local estar incluído no inventário ZICA.

18. Em primeiro lugar, é claro que a dimensão relativamente modesta do local onde se encontra implantado o depósito de gesso de titânio não é determinante para se concluir pela inexistência de uma qualquer obrigação para o Estado-Membro de o classificar ou de o incluir numa ZPE. O Processo RSPB dizia respeito ao Lappel Bank, uma área de apenas 22 hectares, cuja importância ornitológica ninguém contestava, situada no interior de uma área muito mais ampla [10].

19. Dito isto, é-me difícil compreender como é que a Comissão pode apoiar-se num estudo elaborado em 1994 para provar que um determinado território se incluía entre os mais dignos de serem classificados aquando da construção das instalações do depósito de gesso de titânio em 1992. Se, como a República Francesa sustenta, a ZICA era um inventário preliminar dos locais de interesse ornitológico que devia permitir escolher os territórios mais aptos, o simples facto de o local em causa nele ter sido incluído não faz prova da necessidade de o classificar em ZPE. Os Estados-Membros devem ser encorajados a proceder a estudos exaustivos nos seus territórios nacionais com vista ao cumprimento da obrigação de classificação que a directiva

9 — Acórdão de 25 de Maio de 1992, Comissão/Países Baixos (96/81, Colect., p. 1791, n.° 6).

10 — Acórdão já referido na nota 4.

lhes impõe. Seria contraproducente, em minha opinião, considerar que todas áreas identificadas como aptas para a protecção das aves selvagens deviam ser obrigatoriamente classificadas.

20. Todavia, antes de concluir sobre este ponto, é importante recordar as obrigações dos Estados-Membros, tal como foram recentemente expostas no acórdão Comissão/Países Baixos, em que o Tribunal de Justiça declarou que «a margem de apreciação de que gozam os Estados-Membros no momento da escolha dos territórios mais apropriados para a classificação como ZPE não abrange a oportunidade de classificação como ZPE de territórios que surgem como sendo os mais apropriados segundo critérios ornitológicos, mas apenas a aplicação desses critérios com vista à identificação dos territórios mais apropriados à conservação das espécies enumeradas no Anexo I da directiva» [11].

21. Ninguém contesta que se construíram instalações para tratamento e armazenagem de gesso de titânio num enclave da ZPE (actual) do estuário do Sena. De um estudo publicado pela DIRAM em Abril de 1995 também resulta, claramente, que o enclave fica dentro da zona de nidificação do cordonizão. Esta área de nidificação, que abriga cerca de 15 a 50 casais, é, todavia, bem mais ampla do que o enclave, e a Comissão não demonstrou que esse local se incluía entre os «territórios mais apropriados» para a classificação. Em especial, não respondeu à República Francesa quando esta citou o estudo feito pelo Museu Nacional de História Natural em que assentava o estudo do impacto ambiental de 1993; de acordo com esse estudo, nenhuma das espécies mais raras da região, incluindo o cordonizão, era directamente afectada com o projecto, não obstante o desaparecimento de 35 hectares de prado. A Comissão também não respondeu ao argumento da República Francesa segundo o qual o local estava situado num sector do estuário que tinha sido classificado pela DIRAM em 1993 como pouco interessante do ponto de vista da biodiversidade, e que o local tinha secado várias décadas antes da construção da fábrica e não podia, por conseguinte, ser considerado uma zona de terras húmidas na acepção da convenção de Ramsar de 2 de Fevereiro de 1971 [12].

22. Assim, a terceira acusação da Comissão também deve ser rejeitada em virtude de esta não ter demonstrado que o depósito de gesso de titânio tinha sido construído num local que devia ter sido classificado ou incluído numa ZPE.

d) As Despesas

23. No presente processo, a Comissão obteve vencimento de causa no que toca à principal acusação, e o facto de ter sido intentada a presente acção pode ter encorajado a República Francesa a levar a bom termo um longo processo de classificação. Todavia, o seu pedido

11 — Acórdão já referido na nota 5, n.º 61.

12 — Série de Tratados das Nações Unidas, volume 996, n.º 245; v. também a recomendação 75/66/CEE da Comissão, de 20 de Dezembro de 1974, aos Estados-Membros relativa à protecção das aves e dos seus habitats (JO 1975, L 21, p. 24), que recomendava a adesão dos Estados-Membros à convenção de Ramsar.

não foi, sob este aspecto, contestado. Se este tivesse sido o único ponto controvertido, era muito provável que a Comissão tivesse desistido do pedido após a adopção do Decreto n.° 97/1329, de 30 de Dezembro de 1997, antes da apresentação da sua réplica. Se o Tribunal de Justiça seguir as minhas recomendações, a Comissão não obterá ganho de causa no que toca às duas acusações controvertidas. Nestas circunstâncias, considero adequado que o Tribunal de Justiça decida que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas, de acordo com o disposto no artigo 69.°, n.° 3, do Regulamento do Processo.

IV — Conclusão

24. À luz do que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que:

«1) Declare que, ao não ter classificado, em 3 de Setembro de 1995, em zona de protecção especial, na acepção do artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979, relativa à conservação das aves selvagens, uma zona suficientemente ampla do estuário do Sena, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desta directiva.

2) Julgue a acção improcedente quanto ao demais.

3) Condene cada uma das partes nas suas próprias despesas.»