

Rijksdienst voor Ondernemend Nederland
Afdeling Juridische Zaken
Postbus 40219
8004 DE Zwolle



Datum: 19 december 2018
Betreft: Zienswijze Advies toetsingskader positieflijst zoogdieren

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij dien ik namens cliënt, Stichting Platform Verantwoord Huisdierenbezit, gevestigd aan de Wesselseweg 32, 3771 PC te Barneveld, die mij daartoe heeft gemachtigd, de zienswijze in inzake het Advies toetsingskader positieflijst zoogdieren. De zienswijze bestaat uit drie delen. Het eerste deel betreft een samenvatting van de conclusies van de zienswijze, het tweede deel betreft een weergave van de Europese regelgeving en de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake systemen van voorafgaande toestemming zoals positieflijsten en het derde deel betreft een uitgebreide toetsing van het voorgestelde toetsingskader aan deze Europese regelgeving en Jurisprudentie.

Ik verwacht hiermee volledig onderbouwd te hebben aangetoond dat het voorgestelde toetsingskader opnieuw volstrekt ondeugdelijk is en niet kan voldoen aan de eisen die het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie en het Hof van Justitie stellen aan een positieflijst.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'E. Philippi-Gho', written in a cursive style.

Mw. Mr. E. Philippi-Gho

Natuur en Recht

Natuur en Recht

Operatie Mannahof 5, 2632 EL, Nootdorp, Nederland

Tel: 06=20279611, KvK 27330162, IBAN: NL53INGB0000663904

Email: info@natuurenrecht.nl, www.natuurenrecht.nl

1. Samenvatting

De voorgestelde systematiek voldoet niet aan de eisen die het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie en het Hof van Justitie stellen aan een positieflijst.

In de eerste plaats betreft het hier geen wetenschappelijke risicobeoordeling maar uitsluitend het eerste deel van een risicobeoordeling, de gevareninventarisatie. Door de Wetenschappelijke Adviescommissie Positieflijst is een geheel onjuiste definitie van de begrippen gevaar en risico gegeven. Deze begrippen zijn in de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie¹ zeer helder uitgelegd.

Het begrip "risico" stemt overeen met de waarschijnlijkheid van negatieve gevolgen voor het door de rechtsorde beschermde belang ten gevolge van het houden van een zoogdiersoort. Het begrip "gevaar" wordt in beschrijft de eigenschap die een negatief gevolg kan hebben voor de gezondheid en/of het welzijn van mensen of dieren. In die context heeft de beoordeling van de risico's dus tot doel, de waarschijnlijkheid van het intreden van negatieve gevolgen van een bepaalde eigenschap voor de gezondheid en/of het welzijn van mensen en dieren en de ernst van die potentiële gevolgen te beoordelen.

Het Hof van Justitie² heeft voorts in zijn vaste jurisprudentie vastgesteld dat een risicobeoordeling moet bestaan uit een gevareninventarisatie én de beoordeling van de kans dat een gevaar intreedt én de beoordeling van de ernst en de duur van de gevolgen daarvan.

De gevareninventarisatie wordt in het voorgelegde rapport gevormd door een inventarisatie van bepaalde eigenschappen die een mogelijk gevaar kunnen inhouden voor de gezondheid of het welzijn van mensen of dieren. Aan de inventarisatie van deze eigenschappen zijn deels helemaal geen bronnen ten grondslag gelegd. Voor het overige is sprake van buiten de context geplaatste verwijzingen naar al dan niet wetenschappelijke literatuur. De gebruikte literatuur heeft daarbij vrijwel steeds betrekking op een zeer beperkt aantal diersoorten. Vervolgens is de gevareninventarisatie, zonder wetenschappelijke onderbouwing, geëxtrapoleerd op gehele diergroepen of op alle zoogdiersoorten.

Opvallend is dat voor alle gevaren die zijn gekwalificeerd als "uitzonderlijk hoog risico" en die door de deskundigen zo ernstig worden geacht dat zij onmiddellijk tot een verbod op het houden moeten leiden, geen enkele bron is genoemd, geen wetenschappelijke en ook geen andere. Het behoeft geen toelichting dat dit absoluut in strijd is met de eisen die het Hof van Justitie, onder andere in het Andibel-arrest³, stelt aan een positieflijst.

Van een risicobeoordelingsmethodiek die aan de eisen voldoet die het Hof van Justitie stelt is ook voor het overige geen sprake. Uitsluitend is het doel voor alle te beoordelen diersoorten vast te stellen of ze de eigenschap bezitten waarvan, op basis van verwijzingen naar al dan niet wetenschappelijke literatuur inzake een klein aantal diersoorten, is geoordeeld dat ze een gevaar kunnen vormen voor het welzijn en gezondheid van mens en dier. Is dit het geval dan wordt voor de diersoort die deze eigenschap ook heeft, gesteld dat daarmee het houden van de diersoort complexer wordt, zonder dat voor de betrokken diersoort zelf is beoordeeld op basis van

¹ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overwegingen 60 en 61

² Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overweging 169, Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overweging 71.

³ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overwegingen 34 en 37

wetenschappelijk onderzoek dat de eigenschap een gevaar vormt voor de gezondheid en/of het welzijn van mensen en dieren.

Dit betekent dat, zonder dat voor de diersoorten in ieder concreet geval op basis van wetenschappelijk onderzoek is aangetoond dat er sprake is van de aanwezigheid van het veronderstelde gevaar bij die specifieke diersoort en zonder dat op basis van wetenschappelijk onderzoek is aangetoond dat er sprake is van een reëel risico op het intreden van de negatieve gevolgen en zonder dat er een wetenschappelijke beoordeling heeft plaatsgevonden van de ernst en de gevolgen daarvan, het houden beperkt of verboden kan worden. De methode houdt immers uitsluitend in dat voor alle te beoordelen zoogdiersoorten wordt beoordeeld of ze wel of niet de als gevaar beoordeelde eigenschap hebben. Dit wordt binair vastgesteld, de diersoort heeft de eigenschap wel of niet. De optelsom van het aantal gekwalificeerde eigenschappen leidt tot indeling in één van de vastgestelde klassen. Dit is fundamenteel in strijd met de eisen die door het Hof van Justitie, onder andere in het Andibel-arrest, maar ook in Alpharma, Pfitzer en Commissie/Frankrijk worden gesteld⁴.

Verder is niet duidelijk hoe onderhavige methodiek, met uitsluitend een binaire beoordeling, de Minister in staat zou moeten stellen in het kader van het beheer van de risico's te bepalen welke maatregelen passend en noodzakelijk lijken om te vermijden dat het risico werkelijkheid wordt.⁵ Dit maakt een correcte toepassing van het evenredigheidsbeginsel onmogelijk. Immers, door uitsluitend puur fictief te oordelen dat een gevaar wel of niet aanwezig is, zonder dit gevaar voor de betrokken diersoort nader te analyseren en zonder te beoordelen wat de kans op het intreden van het gevaar is en hoe dit kan worden beïnvloed, is het volstrekt onmogelijk te bepalen wat de minst ingrijpende methode is om de kans op het intreden van het gevaar onder het niveau van het voor de samenleving acceptabele risico te brengen of te beoordelen dat de kans op het intreden van het gevaar en de gevolgen daarvan zo beperkt zijn dat maatregelen helemaal niet nodig zijn.

Voorts is een deel van de gebruikte materialen niet wetenschappelijk en is er opnieuw sprake van buiten de context geplaatste verwijzingen naar al dan niet wetenschappelijke literatuur, terwijl het College van Beroep voor het bedrijfsleven al in de uitspraak van 28 maart 2017⁶ heeft geoordeeld dat met een dergelijke onderbouwing niet aan het zorgvuldigheidsbeginsel wordt voldaan en mede op basis daarvan de eerste positieflijst al heeft vernietigd.

Ook hanteert de Minister een voor de samenleving geschikt risiconiveau dat een nulrisico niveau inhoudt, nu wordt gestreefd naar een alleszins probleemloze dierhouderij. Het Hof van Justitie⁷ heeft

⁴ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overwegingen 34 en 37, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overweging 175, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 162, Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overweging 76.

⁵ Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overwegingen 81 en 82, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overweging 176, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 163.

⁶ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 maart 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:70)

⁷ Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overwegingen 79 en 80, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overweging en 164 t/m 166, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 145.

ook ten aanzien hiervan al geoordeeld dat dit niet is toegestaan. Tenslotte heeft de Minister verzuimd vast te stellen wat het beschermingsniveau is dat voor de samenleving geschikt geacht moet worden.

2. Eisen aan een positieflijst volgens het VWEU en het Hof van Justitie

Algemeen vrij verkeer van goederen en positieflijsten

Een systeem van voorafgaande toestemming voor het houden van zoogdieren, dat bestaat uit een verbod op het houden van zoogdieren, behorende tot soorten die niet zijn opgenomen op een positieflijst, vormt een maatregel van gelijke werking als bedoeld in art. 34 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (verder: het VWEU)⁸. Ingevolge art. 36 van het VWEU is een dergelijke maatregel uitsluitend toegelaten indien de maatregel is genomen ten behoeve van één van de erkende doelstellingen van algemeen belang zoals de gezondheid en het leven van dieren en is voldaan aan de eisen die het Hof van Justitie aan een systeem van voorafgaande toestemming stelt.

Het Hof van Justitie⁹ heeft ten aanzien van positieflijsten reeds bepaald dat, aangezien artikel 36 EG-VWEU een restrictief uit te leggen uitzondering op de regel van het vrije goederenverkeer binnen de Gemeenschap is, de nationale autoriteiten die zich daarop beroepen, in elk concreet geval tegen de achtergrond van de gewoonten van hun bevolking en de resultaten van het internationale wetenschappelijk onderzoek moeten aantonen dat hun regeling noodzakelijk is voor een doeltreffende bescherming van de in die bepaling bedoelde belangen, en met name dat het houden van de betrokken diersoorten een reëel risico voor in casu de gezondheid en/of het welzijn van mensen of dieren met zich meebrengt.

Een verbod op het houden van zoogdiersoorten, moet dus berusten op een grondige evaluatie van het gestelde risico door de lidstaat die zich op artikel 36 van het Verdrag beroept.

Een verbod op het houden van zoogdieren, overigens de meest ingrijpende belemmering van het vrije verkeer van goederen¹⁰, is slechts mogelijk indien het aangevoerde reële risico voor het dierenwelzijn voldoende aannemelijk voorkomt op basis van de meest recente wetenschappelijke gegevens die op de datum van het verbodsbesluit beschikbaar zijn.

De wetenschappelijke risicobeoordeling die ten grondslag wordt gelegd aan een systeem van voorafgaande toestemming in de vorm van een positieflijst voor zoogdieren dient te bestaan uit het wetenschappelijk proces van het identificeren en karakteriseren van de mogelijke gevaren, het beoordelen van het risico op blootstelling daaraan en het beoordelen van de ernst van de gevolgen¹¹.

Objectieve criteria

Wanneer aan het houden van zoogdieren de voorwaarde wordt verbonden dat de soorten waartoe zij behoren eerst op een positieve lijst zijn geplaatst, is dit slechts in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, indien aan diverse voorwaarden is voldaan. Tot deze voorwaarden behoort in

⁸ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overweging 22

⁹ Arrest van het Hof van 5 februari 2004, zaak C-24/000, (Commissie / Frankrijk), overwegingen 53

¹⁰ Arrest van het Hof (Zesde kamer) van 5 februari 2004, zaak C-24/00 (Commissie/Frankrijk), overweging 55

¹¹ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overweging 169, Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overweging 71.

de eerste plaats het vereiste dat de opstelling van een dergelijke lijst en de latere wijzigingen daarvan berusten op criteria die objectief en niet discriminerend zijn¹²

Het Hof van Justitie heeft daarbij herhaaldelijk geoordeeld dat een regeling van voorafgaande toestemming geen rechtvaardiging kan vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de communautaire voorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid zoals het vrije verkeer van goederen, van hun nuttig effect worden beroofd.

Wil een dergelijke regeling dus gerechtvaardigd zijn, ofschoon zij een afwijking van een fundamentele vrijheid vormt, dan moet deze regeling gebaseerd zijn op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, om op deze wijze een grens te stellen aan de wijze van uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten¹³.

Wetenschappelijke risicobeoordeling

Nu het bij de beoordeling van de risico's en gevolgen van het houden van zoogdieren voor het welzijn van dieren om een wetenschappelijk proces gaat, moet de wetenschappelijke beoordeling van de risico's, met inachtneming van de toepasselijke bepalingen, door de bevoegde overheidsinstantie worden toevertrouwd aan wetenschappelijke deskundigen die haar, na dat wetenschappelijk proces op basis van wetenschappelijke gegevens, wetenschappelijke adviezen verstrekken.¹⁴

De wetenschappelijke deskundigen dienen in het wetenschappelijke proces op basis van wetenschappelijke gegevens het risico te beoordelen Dit proces dient daarna uit te monden in een wetenschappelijk advies aan de bevoegde autoriteiten¹⁵.

Om zijn rol te vervullen, moet het wetenschappelijk onderzoek berusten op de beginselen van deskundigheid, onafhankelijkheid en doorzichtigheid.¹⁶ Het wetenschappelijk proces dient daarbij te bestaan uit het identificeren en karakteriseren van de mogelijke gevaren, het beoordelen van het risico op blootstelling daaraan en het beoordelen van de ernst van de gevolgen.¹⁷

Onder professionaliteit wordt verstaan dat de beoordeling wordt uitgevoerd door personen die de vereiste kennis bezitten op de gebieden waarop de wetenschappelijke aangelegenheid betrekking heeft.¹⁸ Het vereiste van transparantie brengt met zich mee dat de analyse van wetenschappelijke gegevens wordt gepubliceerd in de vorm van een gestructureerde wetenschappelijke analyse die karakteristiek is voor een wetenschappelijk advies.¹⁹

¹² Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overwegingen 33-34

¹³ Arrest van het Hof (Eerste kamer) van 1 oktober 2009, zaak C-567/07, (Woningstichting Sint Servatius) overweging 35.

¹⁴ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overwegingen 157 en 162

¹⁵ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 157

¹⁶ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 159

¹⁷ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 156

¹⁸ Arrest van het Hof van 21 november 1991, zaak C-269/90 (Technische Universität München), overweging 22

¹⁹ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma) overweging 236

Daarbij moet nog worden opgemerkt dat het aan de bevoegde autoriteiten staat om te bepalen welk beschermingsniveau zij voor de samenleving geschikt achten. Derhalve moeten zij in het kader van het eerste onderdeel van de risicobeoordeling eerst vaststellen welk niveau van risico's hen voor de samenleving niet meer aanvaardbaar lijkt en bij overschrijding waarvan preventieve maatregelen vereist zijn²⁰. Daarbij is het verboden een louter hypothetische benadering van het risico te hanteren en besluiten op een "nulrisico" af te stemmen.²¹ De bevoegde autoriteit kan met name rekening houden met de vraag hoe ernstig het risico voor het dierenwelzijn is, met inbegrip van de omvang van de mogelijke negatieve gevolgen, de duur, de omkeerbaarheid of de mogelijke effecten ervan op de lange termijn, alsmede de vraag of het risico op basis van de beschikbare wetenschappelijke gegevens meer of minder concreet lijkt.²²

Verder moet de wetenschappelijke risicobeoordeling de bevoegde overheid eveneens in staat stellen in het kader van het beheer van de risico's te bepalen welke maatregelen passend en noodzakelijk lijken om te vermijden dat het risico werkelijkheid wordt²³. Daarbij moet worden voldaan aan het evenredigheidsbeginsel hetgeen met zich meebrengt dat die maatregelen moeten worden toegepast die de minst ingrijpende belemmering voor het vrije verkeer van goederen met zich meebrengen. Dit betekent onder andere dat wanneer het risico op problemen voor de gezondheid en het welzijn van dieren naar een aanvaardbaar niveau kunnen worden gebracht met houderijvoorschriften, een verbod op het houden van de betrokken diersoorten in strijd met dit evenredigheidsbeginsel moet worden geacht.²⁴

Het wetenschappelijk advies heeft tot dienst te waarborgen dat de regelgeving berust op een passende wetenschappelijke grondslag en dient ervoor te zorgen dat de bevoegde autoriteiten alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig kunnen onderzoeken²⁵.

Ondanks eventuele blijvende wetenschappelijke onzekerheid moet die wetenschappelijke beoordeling de bevoegde autoriteit in staat stellen op basis van de beste wetenschappelijke gegevens die beschikbaar zijn, en van de meest recente resultaten van internationaal onderzoek te beoordelen of het risico dat zij maatschappelijk aanvaardbaar acht is overschreden. Op die grondslag moet de overheid beslissen of preventieve maatregelen noodzakelijk zijn²⁶.

Ieder concreet geval

Het bestaan van het risico, de kans op het intreden en de ernst en de duur van de gevolgen daarvan, moet per diersoort worden vastgesteld. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de nationale autoriteiten in elk concreet geval tegen de achtergrond van de gewoonten van hun bevolking en de resultaten van het internationale wetenschappelijk onderzoek aantonen dat hun

²⁰ Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overwegingen 78 en 79

²¹ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overwegingen 145 en 152

²² Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 153

²³ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 163

²⁴ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 163

²⁵ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 162

²⁶ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 162

regeling noodzakelijk is voor de bescherming van het beoogde belang en met name dat in casu houden van de betrokken diersoorten een reëel gevaar daarvoor oplevert.

3. Fouten in de nieuwe Positieflijst

Geen wetenschappelijke beoordeling categorie “uitzonderlijk hoog risico”

De inventarisatie van de gevaren die worden aangemerkt als “uitzonderlijk hoog risico” zijn op geen enkele wijze onderbouwd. Er is daarbij dus niet voldaan aan het vereiste dat in een wetenschappelijk proces en op basis van wetenschappelijke gegevens is aangetoond dat er sprake is van een risico voor de gezondheid en het welzijn van mens en dier dat niet acceptabel is. Dit terwijl, wanneer een diersoort wordt geacht een dergelijk uitzonderlijk hoog risico te bevatten, zonder nadere beoordeling van het risico in het concrete geval wordt toebedeeld aan de hoogste risicoklasse. Daarmee staat vast dat voor de categorie “uitzonderlijk hoog risico” niet is voldaan aan de eisen die het Hof van Justitie stelt²⁷, namelijk dat het houden van specimens van die soort, gelet op een uitgebreid onderzoek in het concrete geval, een reëel gevaar vormt voor de bescherming of de eerbiediging van de belangen en de vereisten van de gezondheid en het welzijn van mensen en dieren, welk onderzoek berust op de meest betrouwbare wetenschappelijke gegevens die beschikbaar zijn en de meest recente resultaten van het internationale onderzoek.

Gevareninventarisatie bestaat uitsluitend uit verwijzingen naar al dan niet wetenschappelijke literatuur

Voor het overige deel bestaat de gevareninventarisatie volledig uit buiten de context geplaatste verwijzingen (niet eens citaten) naar al dan niet wetenschappelijke literatuur. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in de uitspraak van 28 maart 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:70) al aangegeven dat hiermee niet is voldaan aan het zorgvuldigheidsbeginsel:

“5.4.2 Het in artikel 3:2 van de Awb neergelegde zorgvuldigheidsvereiste brengt bovendien met zich dat in een geval als hier aan de orde, waarin het bestuursorgaan uit eigen beweging aanleiding heeft gezien om deskundigen te raadplegen met het oog op de vaststelling van de feiten bij een nog te nemen besluit, eveneens zal moeten nagaan of het door deze deskundigen ter zake uitgebrachte advies naar wijze van totstandkoming en inhoud niet zodanige gebreken bevat dat het bestuursorgaan bij zijn besluitvorming hiervan geen gebruik mag maken. Het College is van oordeel dat verweerder zich met betrekking tot de beoordelingen door de PEC en het op deze beoordelingen gebaseerde advies van de PAC van dit vereiste onvoldoende rekenschap heeft gegeven. Naar het oordeel van het College zijn de beoordelingen door de PEC – bestaande uit het excerpt, de argumentenkaart en het beoordelingsformulier – onvoldoende transparant en verifieerbaar. Het College acht hiervoor relevant dat het excerpt uitsluitend uit de context gehaalde citaten vermeldt uit (wetenschappelijke) literatuur.”

Er is op deze manier geen sprake van een analyse van wetenschappelijke gegevens gepubliceerd in de vorm van een gestructureerde wetenschappelijke analyse die karakteristiek is voor een wetenschappelijk advies.

²⁷ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overwegingen 34, 36 en 37

Geen beoordelingssystematiek maar uitsluitend gevareninventarisatie

In het onderhavige geval heeft uitsluitend het proces van het identificeren en karakteriseren van de mogelijke gevaren van bepaalde eigenschappen in zoogdiersoorten plaatsgevonden. Op geen enkele wijze is er sprake van het beoordelen van het risico op blootstelling aan het intreden van die gevaren in de dierhouderij in Nederland noch het beoordelen van de ernst van de gevolgen voor het welzijn van de betrokken zoogdiersoorten indien de geïdentificeerde gevaren intreden zoals het Hof van Justitie eist²⁸.

De voorgestelde systematiek gaat uit van het toekennen van punten bij het al dan niet aanwezig zijn van bepaalde eigenschappen bij diersoorten welke eigenschappen een mogelijk gevaar met zich meebrengen. Er vanuit gaande dat deze eigenschappen een aangetoond gevaar met zich meebrengen en het direct daaraan koppelen van punten welke uiteindelijk leiden tot het plaatsen van een diersoort in een bepaalde risicoklasse, kan niet voldoen aan de eisen die het Hof van Justitie stelt. Immers, in dit geval ontbreekt de beoordeling van het gestelde risico in ieder concreet geval, te weten de toetsing per diersoort van de kans op het intreden van de aan de eigenschappen verbonden gevaren wanneer de soort in de Nederlandse houderij wordt gehouden alsmede de ernst en de duur van de gevolgen van het intreden van het risico. Het gaat om een volledig hypothetische veronderstelling van de aanwezigheid van een risico en de ernst van de gevolgen daarvan, zoals door het Hof van Justitie verboden²⁹. Het is juist dit onderzoek dat essentieel is in de risicobeoordeling en wat moet bestaan uit het wetenschappelijke proces gebaseerd op wetenschappelijke gegevens en dat moet worden gepubliceerd in de vorm van een gestructureerde wetenschappelijke analyse die kenmerkend is voor een wetenschappelijk advies³⁰.

Duidelijk is dat de gevareninventarisatie uitsluitend een beperkt aantal diersoorten betreft. Immers, de onderzoeken waarnaar in het rapport is verwezen, waarmee de Minister beoogt aan te tonen dat bepaalde eigenschappen van dieren een gevaar kunnen vormen voor de gezondheid en het welzijn van mensen en dieren, betreffen een beperkt aantal diersoorten. Voor verschillende eigenschappen heeft het onderzoek bijvoorbeeld met name betrekking op laboratoriumonderzoek bij muizen en ratten of uitsluitend op de relmuis en alpenmarmot. Dit onderzoek wordt vervolgens geëxtrapoleerd op alle zoogdiersoorten, waarbij de Minister ook nog eens voornemens lijkt de onderzoeken te extrapoleren op vogels, reptielen en amfibieën.

Dit is in strijd met Andibel³¹:

*“Hoe dan ook kunnen de bevoegde autoriteiten een verzoek tot plaatsing van een soort op de lijst van zoogdiersoorten waarvan het in bezit hebben is toegestaan, slechts afwijzen op grond van een **uitgebreid onderzoek van het gevaar dat het houden van specimens van de betrokken soort** inhoudt voor de bescherming van de belangen en de vereisten vermeld in de punten 27 tot en met 29*

²⁸ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overwegingen 34 en 37, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overweging 175, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 162, Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overweging 76.

²⁹ Arrest van het Gerecht (Derde kamer - uitgebreid) van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie/Frankrijk) overweging 79, Arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Derde kamer) van 11 september 2002, zaak T-13/99 (Pfizer Animal Health), overweging 152.

³⁰ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 september 2002, zaak T-70/99 (Alpharma), overweging 170 en 236

³¹ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overweging 37

van het onderhavige arrest, welk onderzoek berust op de meest betrouwbare wetenschappelijke gegevens die beschikbaar zijn en de meest recente resultaten van het internationale onderzoek.”³²

Het onderzoek moet het gevaar betreffen dat het houden van specimen van de betrokken soort inhoudt en niet het gevaar dat het houden van andere diersoorten betreft wat vervolgens op de te beoordelen diersoorten wordt geëxtrapoleerd.

Nulrisico

Voorts brengt het beoordelingssysteem nu dit primair gebaseerd is op een screening van risicofactoren die op een binaire schaal (ja/nee) over soorten heen aangeven welke biologische kenmerken een alleszins probleemloze houderij van exemplaren van een te beoordelen diersoort in de weg kunnen staan, met zich mee dat wordt uitgegaan van een nulrisico. Wanneer het dier mogelijk een eigenschap heeft die voorkomt in de gevareninventarisatie is dit een grond voor een negatief oordeel waarbij niet relevant is wat de kans op het intreden van het gevaar is of de ernst van de gevolgen maar waarvan het doel is een probleemloze houderij te bereiken. Zoals aangegeven is het verboden een louter hypothetische benadering van het risico te hanteren en besluiten op een "nulrisico" af te stemmen. Met de voorgestelde methodiek, uitsluitend gebaseerd op een gevareninventarisatie waarbij het door de bevoegde autoriteit vastgestelde risiconiveau nul is, is aan het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie³³ neergelegde vereiste niet voldaan.

De bevoegde autoriteit moest immers rekening houden met factoren als hoe ernstig het risico voor het dierenwelzijn is, met inbegrip van de omvang van de mogelijke negatieve gevolgen, de duur, de omkeerbaarheid of de mogelijke effecten ervan op de lange termijn, alsmede de vraag of het risico op basis van de beschikbare wetenschappelijke gegevens meer of minder concreet lijkt.

Toetsing is volledig hypothetisch

Dat de toetsing volledig hypothetisch is, blijkt uit de toedeling aan de verschillende klassen. Bijvoorbeeld: de vertaling luidt als volgt: 0 = klasse A; 1 = klasse B; 2-3 = klasse C; 4-5 = klasse D; 6 en/of extreem hoog risico = klasse E.

Nadat op basis van geen enkele bron of op basis van buiten de context geplaatste verwijzingen naar al dan niet wetenschappelijke literatuur een aantal gevaren is geïnventariseerd voor een beperkt aantal diersoorten, wordt dit gevaar geëxtrapoleerd op gehele diergroepen of zelfs alle zoogdiersoorten. Vervolgens worden, zonder een beoordeling uit te voeren voor de betrokken diersoorten naar het bestaan van het gevaar, de kans op het intreden van het gevaar en de ernst en de duur van de gevolgen daarvan voor de betrokken diersoorten, de diersoorten ingedeeld in 5 klassen.

Dat het gevaar kan intreden bij de betrokken diersoort is volledig hypothetisch. Er is niet per diersoort getoetst of er sprake is van een reëel risico in ieder concrete geval, nu het gevaar dat is geïnventariseerd niet vaststaat voor de betrokken diersoort. Niet is beoordeeld wat de kans is dat dit gevaar intreedt noch wat de ernst en de gevolgen zijn mocht het gevaar intreden. Dit is in strijd met het Andibel-arrest³⁴. De gevareninventarisatie is uitsluitend voor bepaalde soorten gebaseerd op verwijzingen naar al dan niet wetenschappelijke literatuur, waarna, na extrapolatie, het gevaar aanwezig geacht wordt te zijn voor een gehele diergroep en hierna, uitsluitend gebaseerd op een binaire schaal (ja/nee), wordt beoordeeld in welke risicoklasse een diersoort wordt opgenomen.

³² Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overweging 37

³³ Arrest van het Gerecht van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie / Frankrijk) overweging 77

³⁴ Arrest van het Hof van 19 juni 2008, zaak C-219/07 (Andibel), overwegingen 34, 36 en 37

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is het niet toegelaten een preventieve maatregel te rechtvaardigen met een louter hypothetische benadering van het risico op grond van loutere veronderstellingen die nog niet wetenschappelijk zijn onderzocht.³⁵

Geen toetsing aan de houderij

De bepaling het toetsingskader niet te valideren vanuit de praktijk waarin dieren worden gehouden maar vanuit een aantoonbaar verband tussen enkelvoudige criterium en risico voor dierenwelzijn en gevaar voor mens of dier is in strijd met de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake het uitvoeren van de risicobeoordeling en de reële kans dat een gevaar intreedt. Het Hof van Justitie heeft ten aanzien van positieflijsten reeds bepaald dat Lidstaten, in elk concreet geval tegen de achtergrond van de gewoonten van hun bevolking en de resultaten van het internationale wetenschappelijk onderzoek moeten aantonen dat hun regeling noodzakelijk is voor een doeltreffende bescherming van de in die bepaling bedoelde belangen, en met name dat houden van de betrokken diersoorten een reëel risico voor in casu het dierenwelzijn met zich meebrengt³⁶. Een dergelijke beoordeling kan onmogelijk plaatsvinden zonder de houderijgewoonten van de bevolking van de Lidstaat mee te nemen in de beoordeling van het reële risico.

Geen mogelijkheid voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel

Het ontbreken van een beoordeling per diersoort van het bestaan van een gevaar, de kans op het intreden daarvan en de ernst en de omvang van de mogelijke negatieve gevolgen, de duur, de omkeerbaarheid of de mogelijke effecten ervan op de lange termijn, alsmede het ontbreken van het antwoord op de vraag of het risico op basis van de beschikbare wetenschappelijke gegevens meer of minder concreet lijkt, brengt tevens met zich mee dat niet kan worden getoetst of de voorgenomen maatregelen passend zijn in het licht van het evenredigheidsbeginsel.

Conclusie

Een methode die bestaat uit een inventarisatie van bepaalde eigenschappen die een mogelijk gevaar kunnen inhouden voor de gezondheid of het welzijn van mensen of dieren waaraan deels helemaal geen bronnen ten grondslag gelegd zijn en voor het overige sprake is van buiten de context geplaatste verwijzingen naar al dan niet wetenschappelijke literatuur die vrijwel steeds betrekking heeft op een zeer beperkt aantal diersoorten, welke inventarisatie voorts, zonder wetenschappelijke onderbouwing, geëxtrapoleerd is op gehele diergroepen of op alle zoogdiersoorten, zonder dat is vastgesteld dat de eigenschappen voor die diersoorten eveneens een gevaar opleveren en zonder dat is beoordeeld wat de kans is op het intreden van het gevaar en de ernst en de duur van de gevolgen daarvan, voldoet niet aan de in het gemeenschapsrecht met betrekking tot de vaststelling en de evaluatie van een reëel gevaar voor het beoogde belang gestelde eis van een grondige evaluatie, van geval tot geval, van de mogelijke gevolgen van het houden voor de betrokken diersoorten. Daarbij kan, gelet op de binaire structuur van de beoordelingssystematiek op geen enkele wijze uitvoering worden gegeven aan het evenredigheidsbeginsel.

Er is dus opnieuw sprake van een beoordelingssystematiek die ondeugdelijk is en niet kan voldoen aan de eisen die het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie en het Hof van Justitie stellen.

³⁵ Arrest van het Gerecht van 9 september 2011, zaak T-257/07 (Commissie / Frankrijk) overweging 75

³⁶ Arrest van het Hof van 5 februari 2004, zaak C-24/000, (Commissie / Frankrijk), overwegingen 53