



Schoemaker

ADVOCATEN

AANTEKENEN

Rijksdienst voor Ondernemend Nederland
T.a.v. de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
Afdeling Juridische Zaken
Postbus 40219
8004 DE ZWOLLE

Deventer, 17 juli 2024

Betreft: Bezwaar Besluit huis- en hobbydierenlijst
Ons kenmerk: MB-0117
Uw kenmerk: nr. WJZ/52639951
Advocaat: Maaïke Bekooy en Ingrid Nauta
E-mail: m.bekooy@schoemaker.nu

Excellentie,

Hierbij vullen wij namens de vereniging Landelijke Organisatie Dibevo en de stichting Platform Verantwoord Huisdierenbezit (hierna gezamenlijk: **Dibevo e.a.**) de gronden aan van het bij brief van 10 juni 2024 gemaakte bezwaar tegen het Besluit huis- en hobbydierenlijst (hierna: **Positieflijst**).¹ Bij brief van 21 juni 2024 heeft u de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en een termijn gegund voor het aanvullen van de gronden van bezwaar tot en met 18 juli 2024.

De Positieflijst is op 1 juli 2024 in werking getreden. Vanaf die datum mogen alleen nog maar de op die lijst geplaatste zoogdiersoorten (hierna: **soorten**) worden gehouden. In totaal zijn er slechts 30 soorten aangewezen. Voor alle overige in Nederland gehouden soorten geldt dus vanaf 1 juli 2024 een houdverbod. Dit is een grote verandering voor houders, fokkers en handelaars van soorten die niet (meer) op de Positieflijst staan. Die soorten mochten tot die tijd gewoon worden gehouden. Dibevo e.a. kunnen zich niet met de Positieflijst en het houdverbod verenigen. Hierna wordt daartegen het volgende aangevoerd:

1. Positieflijst is in strijd met zorgvuldigheidsbeginsel
2. Positieflijst is in strijd met evenredigheidsbeginsel
3. Positieflijst is vastgesteld op het oude en vervangen artikel 1.4 Besluit houders van dieren
4. Positieflijst belemmert het vrije handelsverkeer tussen EU-lidstaten onevenredig

¹ Staatscourant 2024, nr. 13041



1. Onzorgvuldige voorbereiding Positieflijst

1.1 Inleiding

Volgens Dibevo e.a. is de Positieflijst in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel als bepaald in artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zij ontleen daarvoor steun aan een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 28 maart 2017.² Bij die uitspraak heeft het CBB de in 2015 vastgestelde Positieflijst vernietigd op grond van artikel 3:2 Awb. Die vernietiging houdt mede verband met de beperking van het vrij verkeer van goederen als bedoeld in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

In de rechtsoverwegingen 5.2, 5.4.1 en 5.4.2 van die uitspraak wordt het toetsingskader toegelicht. In r.o. 5.2 vermeldt het CBB onder welke voorwaarden - voor zover hier van belang - een Positieflijst kan worden vastgesteld (citaat):

“5.2 (...)

Het vrij verkeer van goederen mag volgens vaste jurisprudentie van het Hof worden beperkt indien die beperking een met het Verdrag verenigbaar legitiem doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is.

Het Hof heeft in het Andibel-arrest geoordeeld dat de bescherming van het dierenwelzijn een legitiem doel van algemeen belang is, waarvan het belang met name tot uitdrukking is gekomen in de vaststelling door de lidstaten van het aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap gehechte protocol betreffende de bescherming en het welzijn van dieren (PB 1997, C 340, blz. 110). Volgens het Hof is een regeling, die aan het houden van zoogdieren de voorwaarde verbindt dat de soorten waartoe zij behoren, eerst op een positieve lijst zijn geplaatst, en die ook van toepassing is op specimens van soorten die rechtmatig worden gehouden in andere lidstaten, slechts in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, indien aan diverse voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moeten de opstelling van een dergelijke lijst en de latere wijzigingen daarvan berusten op criteria die objectief en niet discriminerend zijn. (...) Tot slot kunnen de bevoegde administratieve autoriteiten een verzoek tot plaatsing van een zoogdiersoort op die lijst slechts afwijzen op grond van een uitgebreid onderzoek van het gevaar, dat het houden van specimens van de betrokken soort inhoudt voor de bescherming of eerbiediging van het dierenwelzijn, de gezondheid en/of het leven van personen en dieren en het milieu oplevert, welk onderzoek berust op de meest betrouwbare wetenschappelijke gegevens die beschikbaar zijn en de meest recente resultaten van het internationale onderzoek (Onderstreping: MB en IN).”

In r.o. 5.4.1 nuanceert het CBB de eisen waaraan de beoordelingssystematiek dient te voldoen (citaat):

“(...) Teneinde de wetenschappelijke objectiviteit van de beoordeling te garanderen, dient deze beoordeling naar het oordeel van het College, gezien de wetenschappelijke aard, gebaseerd te worden op de beginselen van deskundigheid, doorzichtigheid en onafhankelijkheid (Gerecht van

² CBB 28 maart 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:70)



eerste aanleg van 11 september 2002, Pfizer Animal Health SA tegen Raad van de Europese Unie, ECLI:EU:T:2002:209 randnummers 171 en 172) (Onderstreping: MB en IN).”

De beoordelingssystematiek moet volgens het CBb dus voldoen aan hetgeen is overwogen in de punten 171 en 172 van het Pfizer-arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU). Die punten luiden (citaat):³

“171. Volgens vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht is de eerbiediging van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen in dergelijke omstandigheden van des te fundamenteeler belang. Tot die waarborgen behoort in het bijzonder de verplichting voor de bevoegde instelling om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken (arrest Hof van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14).

172. Daaruit volgt dat een zo grondig mogelijke wetenschappelijke beoordeling op grond van wetenschappelijke adviezen gebaseerd op de beginselen van deskundigheid, doorzichtigheid en onafhankelijkheid een belangrijke procedurele waarborg is om de wetenschappelijke objectiviteit van de maatregelen te garanderen en te vermijden dat arbitraire maatregelen worden genomen (Onderstreping: MB en IN).”

Tot slot voegt het CBb in r.o. 5.4.2 – voor zover hier van belang – aan het vorenstaande toe dat het ‘advies’ (beoordelingssystematiek) moet voldoen aan het zorgvuldigheidsbeginsel (citaat):

“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 (Onderstreping: MB en IN). (...)”

Uit deze uitspraak leiden Dibevo e.a. af dat u bij het vaststellen van de Positieflijst moet voldoen aan het volgende:

1. Een Positieflijst moet worden gebaseerd op objectieve en niet-discriminerende criteria.
2. De beoordeling van het gevaar van het houden van zoogdiersoorten voor de bescherming van de gezondheid en het leven van mensen en dieren en het dierenwelzijn dient te berusten op de meest betrouwbare wetenschappelijke gegevens en de meest recente resultaten van het internationale onderzoek.
3. Voor het garanderen van de objectiviteit van de opgestelde wetenschappelijke beoordelingssystematiek dient die te zijn gebaseerd op de beginselen van:
 - a. deskundigheid
 - b. doorzichtigheid
 - c. onafhankelijkheid
4. Zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb).

³ HvJ 11 september 2002 (ECLI:EU:T:2002:209) (Pfizer). Zie ook punt 172 van HvJ 11 september 2002 (ECLI:EU:T:2002:210) (Alpharma)



Hieraan voldoet onderhavige Positieflijst volgens Dibevo e.a. niet. De Positieflijst is in ieder geval voor wat betreft de wijze van de totstandkoming en de inhoud onzorgvuldig voorbereid en kan vanwege strijdigheid met het bepaalde in artikel 3:2 Awb niet in stand blijven. Hierna wordt dit toegelicht.

1.2 Onderzoek in strijd met zorgvuldigheidsbeginsel en eisen rechtspraak Hof van Justitie

1.2.1 Inleiding

Om diverse redenen vinden Dibevo e.a. dat het in uw opdracht verrichte onderzoek dat ten grondslag ligt aan de Positieflijst niet voldoet aan (1) het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) en (2) de eisen van de rechtspraak van het HvJ EU.

Voor een goede beoordeling van het bezwaarschrift en in het bijzonder de paragrafen 1.2 en 1.3 lichten Dibevo e.a. toe hetgeen zij onder het onderzoek verstaat. In het geval Dibevo e.a. het in onderhavig bezwaarschrift hebben over het onderzoek dan verstaan zij daaronder zowel de door de Wetenschappelijke adviescommissie positieflijst (WAP) opgestelde beoordelingssystematiek "Advies toetsingskader positieflijst zoogdieren" als de toepassing van die beoordelingssystematiek door het Adviescollege huis- en hobbydierenlijst (Adviescollege) in het advies "Zoogdieren beoordeeld: het biologisch fundament voor de Huis- en Hobbydierenlijst zoogdieren".

Alvorens dit toe te lichten, stellen Dibevo e.a. voorop dat een handelsbelemmering vanwege een Positieflijst op grond van het Andibel-arrest van het HvJ EU gerechtvaardigd kan zijn, indien het berust op wetenschappelijk onderzoek (citaat):⁴

"37. 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 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 (zie naar analogie met name arrest Alliance for Natural Health e.a., reeds aangehaald, punt 73) (Onderstreping: MB en IN)"

Het wetenschappelijke onderzoek dient daarnaast ook, zoals toegelicht in paragraaf 1.1., te berusten op de beginselen:

- deskundigheid;
- doorzichtigheid; en
- onafhankelijkheid.

Het onderzoek dat aan de Positieflijst ten grondslag ligt voldoet aan geen van deze beginselen, hetgeen hierna voor elk beginsel afzonderlijk wordt toegelicht.

1.2.2 Deskundigheid

1.2.2.1 Inleiding

Het is voor Dibevo e.a. niet kenbaar of het onderzoek ten behoeve van de Positieflijst is verricht door deskundigen. In de eerste plaats twijfelen Dibevo e.a. aan de deskundigheid van de leden van zowel de

⁴ HvJ 19 juni 2008 (ECLI:EU:C:2008:353) (Andibel-arrest)



WAP als het Adviescollege. Voorts twijfelen Dibevo e.a. ook aan de deskundigheid van degenen die het Adviescollege bij het onderzoek heeft betrokken. Hierna wordt dit toegelicht.

1.2.2.2 Deskundigheid leden WAP en Adviescollege

U heeft de Positieflijst gebaseerd op de adviezen van de WAP en het Adviescollege. In beide adviezen worden weliswaar de namen van de adviseurs vermeld, maar hun wetenschappelijke deskundigheid blijft onvermeld. Het is voor Dibevo e.a. derhalve niet kenbaar of aan het vereiste van deskundigheid is voldaan. Het adviseren omtrent het vaststellen van een Positieflijst vereist specifieke deskundigheid op het gebied van de zoölogie toegespitst op het houden van zoogdiersoorten (biologie).

Het is voor Dibevo e.a. dus de vraag of de deskundigen wel over de voor het door hen verrichte onderzoek vereiste kwalificaties beschikken. Mitsdien stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat het onderzoek niet is uitgevoerd door deskundigen die specifieke kennis hebben over het houden van zoogdiersoorten. Steun voor dit standpunt ontleent Dibevo e.a. aan de vermelding in paragraaf 4.2 van het advies van het Adviescollege dat de door de WAP opgestelde beoordelingssystematiek moest worden aangepast door het Adviescollege. Tevens wordt steun voor voornoemd standpunt ontleend aan de vermelding in hoofdstuk 4 van dit advies dat het Adviescollege werd verrast door de diversiteit van het dierenrijk (citaat):

“4. Verdere uitwerking van het toetsingskader

De basis voor het beoordelingsproces wordt gevormd door het toetsingskader zoals dat door de WAP is opgesteld. Tijdens de beoordeling werd het Adviescollege steeds weer verrast door de grote mate van diversiteit binnen het dierenrijk. Dit maakte het noodzakelijk om de criteria voor sommige risicofactoren nader te preciseren. (...)”

Op grond van het vorenstaande voldoet het onderzoek niet aan het beginsel van deskundigheid.

1.2.2.3 Deskundigheid ondersteuners en leescommissie van het Adviescollege

Het Adviescollege heeft bij het uitvoeren van het onderzoek gebruikgemaakt derden. Evenmin wordt de deskundigheid van die derden in het advies vermeld.

Uit paragraaf 3.1 van het advies blijkt dat het Adviescollege medewerkers van uw ministerie het fundament van het onderzoek hebben laten opstellen (citaat):

“In juli 2019 is het adviescollege begonnen met de beoordeling van de door het ministerie aangedragen lijst van diersoorten. Het adviescollege werd daarbij geassisteerd door ondersteuners die door het ministerie van LNV aan het adviescollege verbonden waren. Als eerste stap in de beoordeling van diersoorten werd een literatuuronderzoek uitgevoerd over de biologie van het betreffende dier, hierbij hoofdzakelijk gebruik makend van handboeken en primaire wetenschappelijke literatuur. Het literatuuronderzoek werd door de ondersteuners uitgevoerd, alsmede het opstellen van de eerste conceptteksten van de dossiers van de individuele diersoorten.”

Vervolgens wordt in paragraaf 3.1 van het advies vermeld dat het Adviescollege andere deskundigen hebben geraadpleegd (citaat):



“Bij twijfel heeft het adviescollege mondeling dan wel per mail nadere informatie ingewonnen bij wetenschappelijke deskundigen die geen deel uitmaakten van het adviescollege. Zo is een dierenarts onderzoeker, die deskundig is op het terrein van zoönosen, intensief geraadpleegd en heeft deze deskundige ook deelgenomen aan de discussie in het college over het zoönoserisico. Ook is een specialist veterinaire tandheelkunde geraadpleegd over de kans op problemen voor dieren met hypsodonte en elodonte gebitselementen. Daarnaast zijn deskundigen voor verschillende diersoorten geraadpleegd om de wetenschappelijke literatuur beter te kunnen duiden.

Gedurende het proces heeft er eens per drie maanden een voortgangsgesprek plaatsgevonden met de directeur Dierlijke Agroketens en Dierenwelzijn van het ministerie van LNV. Dit overleg heeft ertoe bijgedragen dat het college met voldoende ondersteuning haar werkzaamheden heeft kunnen uitvoeren.”

Tot slot heeft het Adviescollege het conceptadvies om ‘te bekijken’ voorgelegd aan een leescommissie. Het ‘bekijken’ is blijkens het gestelde in paragraaf 3.2 van het advies toegespitst op een selectie van de in totaal 314 beoordeelde diersoorten. Daarbij is de leescommissie gevraagd om te beoordelen of de risicofactoren bij de geselecteerde soorten juist zijn toegepast (citaat):

“In februari 2021 is een wetenschappelijke en onafhankelijke leescommissie gevraagd om het conceptadvies inclusief een aantal beoordelingen van diersoorten kritisch te bekijken. De leescommissie bestond uit de volgende leden:

*de heer prof. dr. A.G.G. (Ton) Groothuis;
de heer drs. J. (Jacques) Kaandorp;
de heer dr. L.J.A. (Len) Lipman;
de heer prof. dr. Ir. T.B. (Bas) Rodenburg;
mevrouw prof. dr. E.H.M. (Liesbeth) Sterck*

De leescommissie heeft bij haar werkzaamheden toegang gekregen tot alle beoordelingen van de individuele diersoorten. Daarnaast heeft het adviescollege een selectie van diersoorten gemaakt met de vraag aan de leescommissie om daar specifiek aandacht aan te besteden. De selectie bestaat uit een aantal beoordeelde diersoorten, die de moeilijkheden illustreren waarmee het adviescollege te maken heeft gekregen bij het beoordelen van de soorten. Bij deze werkzaamheden van de leescommissie heeft de vraag centraal gestaan of de criteria voor de verschillende risicofactoren juist zijn toegepast.”

Uit het vorenstaande blijkt dat in het advies van het Adviescollege niet de wetenschappelijke deskundigheid van de medewerkers van uw ministerie, de geraadpleegde deskundigen, en de leden van de leescommissie wordt vermeld. Voorts blijkt dat de namen van de betrokken medewerkers van uw ministerie en geraadpleegde deskundigen evenmin worden vermeld.

Ook op grond van het ontbreken van de vermelding van de wetenschappelijke deskundigheid van de medewerkers van uw ministerie, de geraadpleegde deskundigen, en de leden van de leescommissie en het ontbreken van de namen van uw medewerkers en de geraadpleegde deskundigen in het advies van het Adviescollege, stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat het onderzoek niet is uitgevoerd door deskundigen. Het onderzoek voldoet in zoverre evenmin aan het beginsel van deskundigheid.



1.2.3 Doorzichtigheid

1.2.3.1 Inleiding

Volgens Dibevo e.a. voldoet het onderzoek om de volgende redenen ook niet aan het vereiste van doorzichtigheid:

1. Ontbreken namen en/of kwalificaties onderzoekers
2. Ontbreken transparantie en verifieerbaarheid
3. (Deels) geweigerd Woo-verzoek

Hierna wordt dit toegelicht.

1.2.3.2 Ontbreken namen en/of kwalificaties onderzoekers

In paragraaf 1.2.2 hebben Dibevo e.a. toegelicht dat het onderzoek vanwege het niet vermelden van de deskundigheid en de namen van de onderzoekers niet kenbaar voldoet aan het beginsel van deskundigheid. Dit brengt óók met zich dat het onderzoek in zoverre niet transparant en verifieerbaar is. Mitsdien stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat het onderzoek in zoverre evenmin voldoet aan het beginsel van doorzichtigheid.

1.2.3.3 Onderzoek onvoldoende transparant en verifieerbaar

Volgens Dibevo e.a. zijn de adviezen van de WAP en het Adviescollege voorts onvoldoende transparant en verifieerbaar.

U heeft de WAP opdracht gegeven om een beoordelingssystematiek op te stellen voor de toetsing van soorten aan de criteria in artikel 1.4, lid 1 van het Besluit houders van dieren. Die systematiek is gebaseerd op gevaren voor de gezondheid van mensen en dieren en het welzijn van dieren. Uw opdracht is als bijlage 1 aan het advies gehecht. Daaruit blijkt dat u - voor zover hier van belang - de WAP heeft opgedragen om een wetenschappelijk onderbouwde beoordelingssystematiek op te stellen en de objectiviteit van het wetenschappelijke gehalte in het advies te verantwoorden (citaat):

*“De commissie wordt in het kader van haar opdracht gevraagd om het volgende.
(...)”*

- *De risicobeoordeling wetenschappelijk te onderbouwen. Daarbij dient de commissie in het advies inzichtelijk te maken welke eisen zij stelt aan de betrouwbaarheid van wetenschappelijke bronmateriaal. (...)”*

De beoordelingssystematiek voldoet niet aan deze eis. De WAP heeft de eisen die zij stelt aan de betrouwbaarheid van de door haar geraadpleegde bronnen niet verantwoord. Het enige dat de WAP hierover in hoofdstuk 3 'Betrouwbare bronnen' van het advies stelt, is - voor zover hier van belang - het volgende (citaat):

“Als betrouwbare bronnen worden publicaties beschouwd die in 'peer-reviewed' wetenschappelijke tijdschriften, de zogenaamde primaire literatuur, zijn gepubliceerd (Nordell & Valone, 2017).”



Deze publicaties zijn beschikbaar via de bibliografische databases die in gebruik zijn bij bibliotheken van universiteiten. Als meest relevante noemen we Web of Science, CAB Abstracts, Biological Abstracts, Zoological Record en Google Scholar. Naast deze primaire literatuur, worden naslagwerken, vakbladartikelen en rapporten die referenties naar de primaire literatuur bevatten en proefschriften als betrouwbare bronnen beschouwd. Voor deze tweede categorie van bronnen geldt als voorwaarde dat onafhankelijkheid gegarandeerd is (zoals geen enkele relatie met een bedrijf of financieel gewin). (...)

Hieruit blijkt dat de WAP in strijd met uw opdracht niet de eisen vermeldt waaraan het door haar te raadplegen wetenschappelijk bronmateriaal voor het opstellen van de beoordelingssystematiek moet voldoen.

Het enige dat de WAP in het algemeen vermeldt is dat primaire en secundaire bronnen kunnen worden gebruikt voor het opstellen van een beoordelingssystematiek. In de hoofdstukken 1 en 2 van het advies wordt verwezen naar bronnen. Die bronnen worden in hoofdstuk 4 van het advies opgesomd. Daarbij wordt niet vermeldt of het een primaire of secundaire bron betreft. Evenmin wordt vermeld of de verwijzing naar die bron het standpunt van de WAP ondersteunt en zo ja op welke wijze.

Verder is onduidelijk of de verwijzingen in de hoofdstukken 1 en 2 naar bronnen de in de wetenschap vaststaande feiten betreffen of dat een of meer van die feiten in de vakliteratuur nog wordt bekritiseerd. Elke verwijzing naar een bron wordt zonder toelichting als een vaststaand gegeven gepresenteerd. Op deze wijze is de beoordelingssystematiek volgens de Dibevo e.a. onvoldoende transparant en verifieerbaar en voldoet het niet aan de door u verstrekte opdracht.

Hetzelfde geldt volgens de Dibevo e.a. voor het advies van het Adviescollege. Ook dit advies is onvoldoende transparant en verifieerbaar. De door de WAP opgestelde beoordelingssystematiek is gebaseerd op een binaire schaal (citaat):⁵

“Deel 1: Toetsingskader

1 Inleiding

(...)

De beoordelingssystematiek is gebaseerd op het op een binaire schaal (ja/nee) vaststellen van risicofactoren van zoogdiersoorten (Onderstreping: MB en IN). Risicofactoren zijn gerelateerd aan de volgende twee categorieën van schade en/of ongerief: (...)”

Dit betekent dat het Adviescollege bij de beoordeling van de 314 door u geselecteerde soorten slechts een grofmazige beoordeling heeft kunnen maken. Zij kon alleen maar kiezen uit twee opties bij de beoordeling van een soort aan 17 risicofactoren. Bij de toetsing van een soort aan een risicofactor kon dus sluitend worden gekozen tussen: ‘ja risicovol’ of ‘nee niet-risicovol’. De resultaten van de beoordeling zijn opgenomen in bijlage 3 ‘Scoretabel’ van het advies. Daaruit blijkt dat bij een soort een kruis in het vak van een risicofactor wordt vermeld, indien sprake is van een risico. Het vakje blijft leeg als er geen sprake is van een risico. De beoordeling wordt niet toegelicht.

⁵ Advies toetsingskader positieflijst zoogdieren, p. 76



Het gehanteerde binaire stelsel is in de ogen van Dibevo e.a. veel te zwart/wit oftewel te ongenueanceerd. De gemaakte keuzen worden op geen enkele wijze verantwoord, terwijl de WAP u heeft geadviseerd om beoordelingen bij verschillende resultaten te verantwoorden. Zie hoofdstuk 2 van het advies van de WAP (citaat):

“STAP 2

(...) Waar de screening op risicofactoren wisselende resultaten of vraagtekens heeft opgeleverd worden interpretatieverschillen benoemd, definitieproblemen opgehelderd en argumenten uitgewisseld tussen de beoordelaars. Vervolgens wordt de diersoort opnieuw beoordeeld volgens het beoordelingsschema. Hiervan wordt zorgvuldig verslag gelegd waardoor definitieve keuzes inzichtelijk en navolgbaar zijn.”

In strijd met het advies van de WAP heeft het Adviescollege geen enkele beoordeling nader toegelicht. Zie tabel 3 bij het advies. De beoordelingen van de soorten zijn niet inzichtelijk gemaakt en derhalve ook niet navolgbaar. Dit terwijl het Adviescollege in paragraaf 4.1 van het advies onder de titel ‘Geen informatie beschikbaar over risicofactoren’ vermeldt dat er voor meerder soorten onvoldoende of elkaar tegensprekende (wetenschappelijke) literatuur is om aan de risicofactoren te kunnen toetsen. Er was bij de beoordeling van de 314 dus wel degelijk sprake van verschil van mening over de toepassing van de risicofactoren. Dat blijkt ook uit het feit dat het Adviescollege, zoals vermeld in paragraaf 3.1 van het advies, bij twijfel advies heeft ingewonnen bij derden zoals een dierenarts en specialist veterinaire tandheelkunde. Alleen al gelet hierop vinden Dibevo e.a. het advies van het Adviescollege onvoldoende transparant en verifieerbaar om de vereiste wetenschappelijke objectiviteit van de Positieflijst te kunnen garanderen.

Steun voor het vorenstaande ontlenen Dibevo e.a. aan r.o. 5.4.2 van de hiervoor genoemde uitspraak van het CBb van 27 maart 2017 (citaat):

“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. (...)

Daar komt bij dat de opdracht aan de PAC, gelet op hetgeen verweerder ter zitting heeft verklaard, zich beperkt tot een steekproefsgewijze controle van de door de PEC in zijn advies geïnventariseerde bronnen. Welke afweging de PAC heeft gemaakt om te komen tot het plaatsingsadvies blijkt niet uit het betreffende advies. Ook het advies van de PAC acht het College derhalve onvoldoende transparant en verifieerbaar (Onderstrepingen: MB en IN). Gelet op het vorenstaande is het College van oordeel dat de beoordelingen door het PEC en het advies van de PAC niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand zijn gekomen, zodat zij niet aan het primaire besluit ten grondslag gelegd had mogen worden. Het primaire besluit is naar het oordeel van het College dan ook onzorgvuldig voorbereid. Dit gebrek is in de bezwaarschriftprocedure niet hersteld. Daardoor ontbeert het bestreden besluit tevens een deugdelijke motivering. Het betoog van appellante slaagt derhalve.”

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat noch het onderzoek van de WAP noch het onderzoek van het Adviescollege voldoende transparant en verifieerbaar is en derhalve wordt ook om deze reden niet voldaan aan het vereiste van doorzichtigheid.



1.2.3.4 Deels geweigerd Woo-verzoek

Op 12 januari 2023 bent u op grond van de Wet open overheid (Woo) verzocht om documenten openbaar te maken over het onderzoek van het Adviescollege. Concreet is verzocht om (citaat):

- “1. Alle documenten betrekking hebbende op benoemde handelingen, dus de aanwijzing van de ondersteuners, hun kwalificaties, de literatuurlijsten, literatuuronderzoeken, e-mailwisselingen, dossiers van individuele diersoorten, verslagen van de besprekingen in het adviescollege en alle overige documenten.*
- 2. Alle e-mailwisselingen, telefoonnotities, whatsapp-berichten, opgenomen gesprekken en andere documenten betreffende de inwinning van informatie en de door de geraadpleegden gegeven informatie, inclusief namen ter verificatie.*
- 3. Alle agenda's, vergaderstukken, verslagen en alle andere documenten die betrekking hebben op de voortgangsgesprekken met de directeur DAD.*
- 4. Alle documenten die betrekking hebben op deze leescommissie, dus alle agenda's, e-mails, verslagen, vergaderstukken, adviezen en alle overige documenten.”*

Deze documenten zijn opgevraagd omdat die informatie ontbreekt in het advies van het Adviescollege. Zoals toegelicht in paragraaf 1.2.2.3 heeft het Adviescollege voor het onderzoek gebruik gemaakt van uw medewerkers, andere deskundigen en de leescommissie. In het advies van het Adviescollege ontbreken evenwel hun namen, kwalificaties en inhoudelijke bijdragen aan het onderzoek. Zo ontbreekt bijvoorbeeld het advies van de door het Adviescollege geraadpleegde dierenarts en specialist veterinaire tandheelkunde. Evenmin is de inhoud van het advies van de leescommissie bekend. In zoverre is het advies van het Adviescollege onvoldoende transparant en verifieerbaar.

U had deze tekortkomingen kunnen oplossen door de opgevraagde documenten te verstrekken. Helaas heeft u het Woo-verzoek bij besluit van 28 september 2023 grotendeels geweigerd door de meeste informatie in de verstrekte documenten onleesbaar te maken.⁶ De verzochte documenten over en van uw medewerkers heeft u, zoals Dibevo e.a. begrijpen, geweigerd op grond van (1) de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 5.1, lid 2 onder e Woo), en (2) de persoonlijke beleidsopvattingen voor intern beraad (art. 5.2, lid 1 Woo). De verzochte informatie van de door het Adviescollege geraadpleegde deskundigen en de leescommissie heeft u, zoals Dibevo e.a. begrijpen, geweigerd op basis van het belang van het goed functioneren van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen (art. 5.1, lid 2 onder i Woo).

Het gevolg van het deels afgewezen Woo-verzoek is dat het advies van het Adviescollege niet voldoet aan het vereiste van doorzichtigheid. Het advies is voor wat de bijdragen van uw medewerkers, de door het Adviescollege geraadpleegde deskundigen en de leescommissie niet transparant en verifieerbaar.

1.2.4 Onafhankelijkheid

1.2.4.1 Inleiding

Dibevo e.a. twijfelen tot slot op grond van het volgende ook aan de onafhankelijkheid van het onderzoek:

⁶ Brief ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 28 september 2023 met kenmerk DGA-DAD/33762811



1. Onafhankelijkheid WAP en het Adviescollege vanwege deels dezelfde samenstelling
2. Onafhankelijkheid voorzitter WAP en Adviescollege vanwege belangenverstremgeling
3. Onafhankelijkheid van het advies van het Adviescollege vanwege werkzaamheden medewerkers ministerie LNV.

Hierna wordt dit toegelicht.

1.2.4.2 Samenstelling WAP en Adviescollege uit dezelfde leden

Uit de adviezen van de WAP en het Adviescollege blijkt dat deze adviesinstanties deels uit dezelfde leden bestonden. De leden van de WAP zijn (citaat):

1. *Dr. Ludo Hellebrekers, voorzitter*
2. *Mr. Drs. Jan Staman, plv. voorzitter*
3. *Dr. Sietse de Boer*
4. *Prof. Dr. Ruud Foppen*
5. *Dr. Marja Kik*
6. *Prof. Dr. Frans van Knapen*
7. *Prof. Dr. Jaap Koolhaas*
8. *Ing. Dennis Lammertsma*
9. *Dr. Yvonne van Zeeland*

De hierboven geel gemarkeerde commissieleden maken ook deel uit van het Adviescollege. Het Adviescollege bestaat blijkens de inleiding van het advies uit de volgende leden (citaat):

1. *de heer mr. drs. J. (Jan) Staman, tevens voorzitter;*
2. *de heer ing. D.R. (Dennis) Lammertsma;*
3. *de heer ir. M.S.P. (Marc) Damen;*
4. *de heer prof. dr. J.J.M. (Jacques) van Alphen;*
5. *de heer prof. dr. J.M. (Jaap) Koolhaas;*
6. *mevrouw drs. T. (Tineke) Kramer."*

De commissieleden van het Adviescollege die óók zitting hadden in de WAP zijn hiervoor eveneens geel gemarkeerd. Het Adviescollege bestaat dus voor de helft uit leden die ook de beoordelingssystematiek hebben opgesteld.

De deelname aan deze twee verschillende adviesinstanties met elk eigen opdrachten, heeft volgens Dibevo e.a. op z'n minst de schijn van belangenverstremgeling. Het is niet uitgesloten dat leden van het Adviescollege vanwege hun bijdrage aan het advies van de WAP er belang bij hebben dat bepaalde soorten wel of niet worden voorgedragen voor aanwijzing op de Positieflijst. Gelet hierop stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat in ieder geval het advies van het Adviescollege niet onafhankelijk is. Zij ontlenen steun voor dit standpunt aan het advies van de WAP. In hoofdstuk 2 adviseert de WAP – voor zover hier van belang – het volgende over de commissie die de door haar opgestelde beoordelingssystematiek moet gaan toepassen (citaat):

"2.1 Beoordelingscommissie

Het advies is om een apart benoemde beoordelingscommissie de beoordeling van de zoogdier-soorten te laten uitvoeren met het beoordelingsschema (Onderstreping: MB en IN). De WAP



adviseert om deze commissie te laten bestaan uit een onafhankelijke voorzitter, minimaal drie experts die beoordelingen uitvoeren en ondersteuning. (...)"

De WAP adviseert u dus, zo begrijpen Dibevo e.a., om de door haar opgestelde beoordelingssystematiek door een commissie met andere deskundigen te laten toepassen dan de deskundigen die de beoordelingssystematiek hebben opgesteld.

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat geen sprake is van een onafhankelijk onderzoek. Het is niet uitgesloten dat de leden van het Adviescollege, die ook deel uitmaakten van de WAP, een belang hadden bij het al dan niet plaatsen van bepaalde diersoorten op de plaatsingslijst.

1.2.4.3 Schijn van belangenverstrengeling – (plv) voorzitter WAP, Adviescollege en Raad van Dierenaangelegenheden

Voorts plaatsen Dibevo e.a. vraagtekens bij de onafhankelijkheid van de voorzitter van het Adviescollege. De heer J. Staman is bij besluit van 31 augustus 2020 benoemd tot voorzitter van het Adviescollege.⁷ Die benoeming gold met terugwerkende kracht tot 22 juli 2019. U heeft Staman in die periode ook benoemd tot voorzitter van de Raad van Dierenaangelegenheden. Die benoeming gold vanaf 1 december 2017 voor de periode van vier jaar. In beide functies als voorzitter van het Adviescollege en als voorzitter van de Raad van Dierenaangelegenheden werd Staman door u betaald.

Dit brengt met zich dat Staman in meerdere rollen werkzaamheden in opdracht van uw ministerie heeft verricht. Eerder heeft Staman overigens ook nog voor uw ministerie gewerkt. Dit wekt volgens Dibevo e.a. op z'n minst de schijn van partijdigheid. Het is dan ook de vraag of Staman in onderhavige situatie onafhankelijk advies heeft uitgebracht. Op dat moment adviseerde Staman immers ook uw ministerie als voorzitter van de Raad van Dierenaangelegenheden. Dat de Raad voor Dierenaangelegenheden belangen heeft bij een Positieflijst blijkt onder meer uit het feit dat hij (1) in 1996 advies heeft uitgebracht aan de toenmalige minister over de samenstelling van een positieflijst en (2) in 2003 een advies heeft opgesteld getiteld 'Negatief – en Positieflijst voor zoogdieren en vogels (RDA 2003/07).⁸ Gelet hierop is het niet uitgesloten dat Staman een belang had bij het al dan niet toelaten van bepaalde diersoorten op de plaatsingslijst. In de ogen van Dibevo e.a. is ook om deze reden geen sprake van een onafhankelijk deskundigen onderzoek. Dit klemmt temeer omdat Staman ook nog, zoals in paragraaf 1.2.4.2 toegevoegd, plaatsvervangend voorzitter was van de WAP.

Steun voor deze grief ontleent Dibevo e.a. aan de uitspraak van het CBb 27 maart 2017 waarbij de Positieflijst 2015 is vernietigd vanwege de vermenging met de individuele belangen van deskundigen. Concreet overweegt het CBb in r.o. 5.4.1 – voor zover hier van belang – hierover het volgende (citaat):

"Het College overweegt in het licht van dit toetsingskader dat met het raadplegen van de PEC, niet is voldaan aan de beginselen van deskundigheid en onafhankelijkheid. Het College acht daarvoor van belang dat de PEC gedeeltelijk is samengesteld uit vertegenwoordigers van stakeholders zoals Stichting Aap, de Dierenbescherming en appellante, die ieder hun eigen individuele belangen hebben bij de beoordeling van de al dan niet op de positieflijst te plaatsen diersoorten. Van onafhankelijke deskundigen is derhalve geen sprake. Hoewel het vorenstaande niet

⁷ Staatscourant 2024 nr. 12556 van 30 april 2024, en Staatscourant 2020 nr. 49660 van 29 september 2020

⁸ Staatscourant 2017 nr. 5558 van 31 januari 2017, p. 8



uitsluit dat de stakeholders in de gelegenheid worden gesteld om een zienswijze te geven dan wel bijdrage te leveren in het kader van die beoordeling, dienen deze stakeholders vanwege hun individuele belang naar het oordeel van het College niet rechtstreeks betrokken te zijn bij de wetenschappelijke beoordeling die ten grondslag wordt gelegd aan het plaatsingsbesluit.”

Op grond van het vorenstaande is de onafhankelijkheid van de voorzitter Staman volgens Dibevo e.a. niet gewaarborgd.

1.2.4.4 Advies Adviescollege niet onafhankelijk vanwege betrokkenheid medewerkers LNV

In paragraaf 1.2.2.3 hebben Dibevo e.a. toegelicht dat het advies van het Adviescollege met medewerking van uw ambtenaren is opgesteld. Ook op grond hiervan is volgens Dibevo e.a. geen sprake van een onafhankelijk onderzoek dat in redelijkheid ten grondslag kan worden gelegd aan de Positieflijst.

Dibevo e.a. ontleen steun voor dit standpunt aan het hiervoor genoemde instellingsbesluit van het Adviescollege. In artikel 4 van dit Besluit instelling Adviescollege huis- en hobbydierenlijst is bepaald dat hoofdstuk 3 van de Kaderwet adviescolleges van toepassing is. Artikel 12 van hoofdstuk 3 Kaderwet adviescolleges luidt (citaat):

“Ambtenaren die werkzaam zijn bij een ministerie of een daaronder ressorterende instelling, dienst of bedrijf, worden niet benoemd tot lid van een adviescollege dat tot taak heeft te adviseren over onderwerpen waarbij zij in verband met hun werkzaamheden betrokken zijn.”

In de Memorie van Toelichting (MvT) bij dit artikel wordt toegelicht dat de ambtenaren niet in een Adviescollege worden benoemd om de onafhankelijkheid van het advies van een Adviescollege te waarborgen (citaat):⁹

“Het tweede lid bepaalt dat ambtenaren, werkzaam bij de ministeries of de daaronder ressorterende diensten, instellingen of bedrijven, die in verband met hun werk betrokken zijn bij de onderwerpen waarover het adviescollege tot taak heeft te adviseren, geen lid van dat adviescollege kunnen zijn. De benoeming van dergelijke ambtenaren tot lid van een adviescollege zou immers afbreuk doen aan de onafhankelijkheid van de advisering van het adviescollege en zou kunnen leiden tot een «verambtelijking» van het adviescollege. Bovendien zou dat leiden tot een ongewenste vermenging van taken en verantwoordelijkheden van de ambtenaar. Het is wenselijk dat wordt voorkomen dat adviescolleges met een - op grond van hun samenstelling - onduidelijke status worden ingesteld. (...) (Onderstreping: MB en IN)”

Om dezelfde reden waarom ambtenaren geen lid mogen zijn van een Adviescollege dienen zij volgens Dibevo e.a. ook niet mee te werken aan het onderzoek van een Adviescollege zoals in onderhavige zaak is gedaan. Dit klemmt temeer omdat uw medewerkers blijkens paragraaf 3.1 van het advies de meest fundamentele werkzaamheden voor het onderzoek hebben uitgevoerd; het literatuuronderzoek en het opstellen van de beoordelingen van de zoogdiersoorten. Uw ministerie heeft in feite het onderzoek gedaan.

Gelet hierop, stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat het advies van Adviescollege niet kwalificeert als onafhankelijk. Het advies van het Adviescollege is verambtelijkt en vermengd met taken en

⁹ Kamerstukken II 1995/96, 24 503, nr. 3, p. 13



verantwoordelijkheden van de medewerkers van uw ministerie. Ook om deze reden is geen sprake van een onafhankelijk onderzoek van het Adviescollege.

1.2.5 Conclusie wetenschappelijke objectiviteit onderzoek niet gewaarborgd

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat het onderzoek van de WAP en het Adviescollege niet berust op de beginselen van deskundigheid, doorzichtigheid en onafhankelijkheid. De wetenschappelijke objectiviteit van het onderzoek is niet gewaarborgd. Dit betekent dat het onderzoek niet op voldoende zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en dat u dit onderzoek niet ten grondslag had kunnen leggen aan de Positieflijst.

1.3 Inhoudelijke gebreken onderzoek

1.3.1 Inleiding

Naast de tekortkomingen bij de totstandkoming van het onderzoek, kleven er ook inhoudelijke tekortkomingen aan het onderzoek. Die tekortkomingen zijn vooral het gevolg van de door u verstrekte opdracht aan de WAP. U heeft opdracht gegeven om een simpele beoordelingssystematiek op te stellen voor een zeer complexe materie. Concreet luidt uw opdracht (citaat):

“De commissie wordt in het kader van haar opdracht gevraagd om het volgende.

- *In het advies te komen met een sterk vereenvoudigde toetsingskader die vanuit wetenschappelijk oogpunt goed onderbouwd is. (...)*”

De WAP heeft voldaan aan deze opdracht. Op grond van de opgestelde beoordelingssystematiek heeft een soort slechts aan zeventien risicofactoren te worden getoetst en die toetsing vindt plaats op basis van een binair stelsel (ja/nee). Het ‘sterk vereenvoudigd toetsingskader’ brengt met zich dat de beoordeling van de soorten dus slechts op hoofdlijnen heeft plaatsgevonden. Het gevolg is in de eerste plaats dat er meer soorten op de Positieflijst hadden kunnen worden geplaatst, omdat het opgestelde beoordelingskader te grofmazig is en uitzonderingen daarbij niet worden betrokken.

Een ander punt van kritiek op de eenvoudige beoordelingssystematiek is dat die is beperkt tot de toetsing aan slechts zeventien risicofactoren op basis van uitsluitende biologische eigenschappen en behoeften van de soort (dier), terwijl er sprake is van meer dan zeventien risicofactoren bij soorten en niet bij alle soorten sprake is van één of meer van de geselecteerde zeventien risicofactoren. Bovendien zijn de risicofactoren beperkt tot die van dieren. Daarbij zijn in de ogen van Dibevo e.a. ten onrechte geen andere factoren betrokken zoals (bestaande) houderijmaatregelen die een of meer van de zeventien geselecteerde risico's kunnen uitsluiten en/of minimaliseren. Ook het te beperkte toetsingskader heeft tot gevolg dat er te weinig soorten op de Positieflijst zijn geplaatst.

Het vorenstaande wordt hierna in paragraaf 1.3.2 toegelicht aan de hand van een vergelijking tussen onderhavige beoordelingssystematiek en de beoordelingssystematiek waarop de Positieflijst uit 2015¹⁰

¹⁰ Staatscourant 2015 nr. 2934



en de ontwerp-Positieflijst 2017¹¹ is gebaseerd. De Positieflijst van 2017 is een uitbreiding van de Positieflijst 2015 (hierna: **Positieflijst 2017 – 2015**).

Ter zijde merken Dibevo e.a. op dat zij de overweging van de voorzieningenrechter van het CBb in de voorlopige uitspraak van 2 juli 2024 ter zake van onderhavige Positieflijst, inhoudende dat bezwaar en beroep is beperkt tot de soorten die wel op de Positieflijst 2015 stonden en die niet op onderhavige Positieflijst zijn geplaatst, niet kan volgen.¹² De wetgever heeft in artikel 2.2, lid 4 Wet dieren bepaald dat de hoofdstukken 6 t/m 8 van de Awb van toepassing zijn op de Positieflijst. Uit dit artikel in samenhang met de artikelen 8:4, lid 2 en 8:6 Awb en artikel 4 van bijlage 2 bij de Awb vloeit voort dat de Positieflijst appellabel is en dat daartegen bezwaar en beroep in eerste aanleg bij het CBb openstaat. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Het feit of een positieflijst een concretiserend besluit van algemene strekking is, zoals de voorzieningenrechter overweegt, is in zoverre niet meer relevant. Bovendien is het blijkens de wetsgeschiedenis ook de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever dat een Positieflijst vatbaar is voor beroep.¹³ Het feit dat er eerder een Positieflijst is vastgesteld brengt volgens Dibevo e.a. dan ook geen beperking met zich voor de omvang van het bezwaar en beroep. Elk besluit tot vaststelling van een positieflijst moet opnieuw worden getoetst aan de criteria in artikel 1.4 Besluit houders van dieren op basis van rechtmatigheid.

Hieraan wordt nog toegevoegd dat u na de uitspraak van het CBb van 27 maart 2017 – voor zover Dibevo e.a. bekend – nimmer met bestuursrechtelijke handhaving heeft opgetreden om naleving van de Positieflijst 2015 af te dwingen. De praktijk was tot 1 juli 2024 dat alle soorten mochten worden gehouden.

Opmerking verdient hierbij dat bij de totstandkoming van beide Positieflijsten het Andibel-arrest van het Europese Hof als uitgangspunt is genomen. Voorts lijkt het doel dat met beide Positieflijsten wordt nagestreefd hetzelfde te zijn, te weten: de bescherming van de gezondheid van mensen en dieren en het welzijn van dieren. Zie voor een nadere toelichting op het veronderstelde doel van onderhavige Positieflijst hoofdstuk 2. Tot slot zijn de criteria die bij de beoordeling van de soorten op grond van artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren in acht moesten worden genomen nagenoeg geheel dezelfde. Dit wordt nader toegelicht in hoofdstuk 3.

Nu de uitgangspunten waaraan het onderzoek voor de Positieflijst moet voldoen en de criteria op grond waarvan de soorten voor plaatsing op de Positieflijst moeten worden beoordeeld voor onderhavige Positieflijst en de Positieflijst 2017 – 2015 (nagenoeg volledig) hetzelfde zijn, begrijpt Dibevo niet waarom de beoordelingssystematiek voor het vaststellen van onderhavige Positieflijst fundamenteel moest worden en is gewijzigd ten opzichte van die ten behoeve van de Positieflijst 2017 – 2015. Niet alleen de methodiek, maar ook de risicofactoren verschillen. In onderhavige Positieflijst wordt niet toegelicht waarom de beoordelingssystematiek moest worden vervangen.

De vervanging van de beoordelingssystematiek kan in ieder geval niet worden verklaard door de uitspraak van het CBb van 28 maart 2017. Het CBb heeft bij die uitspraak de Positieflijst 2015 gehandhaafd. Het CBb heeft uitsluitend tabel 3 van die Positieflijst herroepen. In die tabel waren evenwel geen soorten aangewezen die op grond van artikel 2.2, lid 1 Wet dieren mochten worden gehouden, maar daarentegen juist soorten die niet op grond van dat artikel mochten worden gehouden. Het CBb heeft bij die uitspraak dus geen *inhoudelijk* oordeel uitgesproken over de beoordelingssystematiek voor plaatsing op de Positieflijst 2015. De uitspraak van het CBb is beperkt tot een oordeel over de deskundigen die de beoordelingssystematiek voor de plaatsing van soorten in tabel 3 hebben opgesteld. Zij

¹¹ Staatscourant 2017 nr. 5558

¹² Voorzieningenrechter CBb 2 juli 2024 (ECLI:NL:CBB:2024:439), r.o. 3.4.4

¹³ Kamerstukken II 2008/09, 31 389, nr. 9, p. 13 en 15



konden volgens het CBb niet worden gekwalificeerd als deskundig en onafhankelijk. Om die reden is tabel 3 van de Positieflijst 2015 herroepen.

Het wijzigen van de beoordelingssystematiek heeft evenwel grote gevolgen voor de houderij. Op grond van de oude beoordelingssystematiek waren er veel meer soorten aangewezen die mochten worden gehouden. Een in het oog springend voorbeeld is dat op grond van de vervangen beoordelingssystematiek 92 soorten op de Positieflijst 2017 waren geplaatst, omdat die zonder houderijmaatregelen kunnen worden gehouden (**bijlage 1**). Houderijmaatregelen zijn geen onderdeel van de nieuwe beoordelingssystematiek. Daarom zijn de voornoemde 92 soorten niet op onderhavige Positieflijst geplaatst. Een ander voorbeeld is de plaatsing van zeven soorten op de Positieflijst 2017 – 2015 vanwege de indeling in de laagste risicoklasse (E) (**bijlage 2**). Deze soorten scoren op grond van onderhavige beoordelingssystematiek in risicoklassen D en F en staan daarom (ook) niet meer op onderhavige Positieflijst. Gelet op het feit dat ook de vervangen beoordelingssystematiek voldeed aan de uitgangspunten van het Andibel-arrest en dat die beoordelingssystematiek strekte tot toetsing aan hetzelfde artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren als onderhavige beoordelingssystematiek, lijkt onderhavige beoordelingssystematiek in ieder geval in strijd met het evenredigheidsbeginsel. Hierop wordt nader ingegaan in de hoofdstukken 2 en 4.

In onderhavige hoofdstuk wordt nader ingegaan op de tekortkomingen in de beoordelingssystematiek en de onjuiste toepassing van die beoordelingssystematiek.

1.3.2 Tekortkomingen beoordelingssystematiek

1.3.2.1 Inleiding

De opgestelde beoordelingssystematiek voor de toetsing van de soorten aan de criteria in artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren verschilt, zoals gezegd, fundamenteel van de beoordelingssystematiek van de vervangen Positieflijst 2017 – 2015. De opgestelde beoordelingssystematiek is beperkt tot de toetsing aan zeventien risicofactoren die enkel zijn gebaseerd op de eigenschappen en behoeften van dieren. Die zeventien risicofactoren zijn geclusterd in vijf categorieën. De beoordelingssystematiek ziet er – voor zover hier van belang – als volgt uit (citaat):

LETSEL/GEZONDHEID MENS	
LG1	Diersoort brengt een gevaar met zich mee voor zoönose, die bij de mens leiden tot sterfte of chronische infecties en/of vermoeidheid met blijvende beperking in het dagelijkse leven tot gevolg
LG2	Diersoort brengt een gevaar met zich mee op letselschade, waarbij spoedeisende en/of langdurige medische hulp is vereist voor de gevolgen van bijten, stoten, schoppen, prikken of krabben (botbreuken, hersenletsel, inwendig trauma, verminkend bijtrauma) met blijvende beperking in het dagelijks leven of sterfte tot gevolg.
VOEDSELOPNAME	
V1	Diersoort is een herbivore browser met als gevaar bij het niet voldoen aan de essentiële voedingseisen van de soort het ontstaan van vitaminen- en mineralendeficiënties, maag-darmproblemen, 'slijten' en uiteindelijk sterfte of vergelijkbare gevolgen.
V2	Diersoort is een herbivore met een hypsodont gebit met als gevaar dat bij onvoldoende abrasieve slijtage gebietsafwijkingen ontstaan als malocclusie, doorgegroeiende tanden en kiezen, verminderde voeropname, conditievermindering en uiteindelijk sterfte of vergelijkbare gevolgen.



V3	(...)
V4	(...)
RUIMTEGEBRUIK/VEILIGHEID	
R1	(...)
R2	(...)
R3	(...)
R4	(...)
R5	(...)
THERMOREGULATIE	
T1	Diersoort is niet aangepast aan een gematigd zeeklimaat met als gevaar het ontstaan hypothermie of hyperthermie, luchtwegaandoeningen, een toegenomen vatbaarheid voor ziekten en sterfte.
T2	(...)
T3	(...)
SOCIAAL GEDRAG	
S1	(...)
S2	(...)
S3	(...)

Opmerking verdient hierbij ter toelichting dat alleen de risicofactoren die hierna worden gebruikt als voorbeeld voor de onderbouwing van het bezwaar in de tabel zijn geciteerd. Dit laat onverlet dat nagenoeg op elke risicofactor het nodige valt af te dingen.

De meeste wezenlijke verschillen tussen onderhavige beoordelingssystematiek en de vervangen beoordelingssystematiek is dat bij onderhavige beoordelingssystematiek:

1. de soorten slechts aan zeventien risicofactoren wordt getoetst; en
2. (bestaande) houderijmaatregelen niet bij de zeventien risicofactoren zijn betrokken.

De oude beoordelingssystematiek bestond niet uit een toetsing aan een beperkt aantal risicofactoren. Bij die systematiek werd per soort of per vergelijkbare groep van soorten de specifieke risico's voor die soort of groep van soorten bepaald. Er was dus sprake van maatwerk. Vervolgens werd op basis van de resultaten van het maatwerk beoordeeld of en zo ja welke houderijoplossingen voor die soort(en) bestaan (standaardhouderijmethode) of relatief eenvoudig kunnen worden gerealiseerd. Met andere woorden, wat zijn de problemen van de risico's en kunnen die worden opgelost (hoe haalbaar is de oplossing).

Hierna in paragraaf 1.3.2.2 worden een paar voorbeelden toegelicht waaruit blijkt dat met toepassing van houderijmaatregelen er geen sprake is van risico's of risico's worden geminimaliseerd. Het betreft geen uitputtende toelichting over allerlei mogelijke houderijmaatregelen. Voor meer voorbeelden van houderijmaatregelen in het kader van de bescherming van de gezondheid van dieren en het dierenwelzijn wordt verwezen naar bijgesloten **bijlage 3**.



1.3.2.2 Houderijmaatregelen voor uitsluiten dan wel minimaliseren risico's gevaar mensen en welzijn dieren ten onrechte niet betrokken in de beoordelingssystematiek

1.3.2.2.1 Inleiding

Houderijmaatregelen die risico's ter zake van het gevaar voor mensen en/of het welzijn van dieren kunnen voorkomen dan wel minimaliseren ten onrechte niet betrokken in de beoordelingssystematiek. Houderijmaatregelen kunnen volgens Dibevo e.a. worden onderscheiden in twee categorieën:

- standaardhouderijmethoden;
- (soort) specifieke houderijvoorschriften.

Onder de eerste categorie worden maatregelen verstaan die zo voor de hand liggen dat eenieder die zonder specifieke kennis en/of vaardigheden toepast. Het zijn als het ware maatregelen die zijn gebaseerd op 'gezond verstand' en in de praktijk worden toegepast.

De tweede categorie houderijmaatregelen worden op grond van artikel 2.2, lid 10 Wet dieren in het Besluit houders van dieren verankerd. Op deze wijze kan de naleving van die voorschriften worden gewaarborgd. De voorschriften die op grond van dit artikel in dit Besluit – voor zover hier van belang – kunnen worden verankerd zijn (citaat):

“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen voor het onderwerp, bedoeld in het negende lid, voor dieren of voor dieren behorende tot bepaalde diersoorten of diercategorieën, regels worden gesteld die betrekking hebben op onder meer:

(...)

b. de ruimte of het terrein waar dieren worden gehouden, waaronder:

1°. de afmeting, uitvoering en vormgeving;

2°. de wanden, de vloer en de grond;

3°. de voorzieningen, waaronder de voeder- en drinkwatervoorziening;

4°. de verlichting, luchtverversing en verwarming;

4a°. de brandveiligheid;

5°. het onderbrengen of afzonderen van zieke dieren, dieren die mogelijk met een

besmettelijke ziekteverwekker zijn besmet, of dieren met een bepaalde gezondheidstoestand;

6°. de afrasteringen en beschutting, en (...)

c. de wijze waarop dieren worden gehouden, waaronder:

(...)

4°. het aantal dieren dat in één ruimte wordt gehouden, en

5°. de ruimte waarover dieren kunnen beschikken;

d. de verzorging, de behandeling, het africhten, de voeding en de drenking van dieren (Onderstrepingen: MB);

e. het gebruik en de bewaring van bepaalde diervoeders, alsmede een verbod daarop;



(...)

- k. *de bij de houder, de personen die bij hem in dienst zijn en de personen die voor hem diensten verrichten aanwezige kennis over het houden van dieren;*

(...)

- n. *hygiëne, het voorkomen van de verspreiding van dierziekten, zoönosen en ziekteverschijnselen, en het weren van ziekteverwekkers; (...)*"

Hieruit blijkt dat in het geval de houders van dieren en de sector onvoldoende bewust zouden zijn van de maatregelen waaronder dieren dienen te worden gehouden of u daar te weinig vertrouwen in zou hebben, u in de hoedanigheid van wetgever op grond van bovenvermeld artikel de mogelijkheid heeft om die maatregelen in het Besluit houders van dieren als houderijvoorschriften te verankeren en de naleving daarvan kan waarborgen. De wetgever heeft dus al geanticipeerd op het desnoods vaststellen van houderijvoorschriften.

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat u de mogelijkheid van houderijmaatregelen ten onrechte niet heeft betrokken bij de beoordelingssystematiek. Dit wordt hierna geconcretiseerd aan de hand van twee voorbeelden.

1.3.2.2.2 Houderijmaatregelen 'Thermoregulatie'

Een goed voorbeeld waarbij houderijmaatregelen het risico voor het welzijn van soorten opheft betreft risicofactor 'T1' van de beoordelingssystematiek. Onder die risicofactor wordt verstaan: "*Diersoort is niet aangepast aan een gematigd zeeklimaat met als gevaar het ontstaan hypothermie of hyperthermie, luchtwegaandoeningen, een toegenomen vatbaarheid voor ziekten en sterfte.*"

In de ogen van Dibevo e.a. is vanwege gebruikelijke houderijmethode bij soorten met een gewicht van minder dan vier kilo geen sprake van dit risico. Dergelijke kleine soorten worden in de praktijk 'binnenshuis' gehouden. De bewoners/gebruikers van een huis/pand zijn - evenmin als onderhavige kleine soorten - het hele jaar bestand tegen een gematigd zeeklimaat. Daarom verwarmen zij het pand een deel van het jaar tot een temperatuur die overeenkomt met een (sub)tropisch steppeklimaat. Dat betekent dat houders zelf al maatregelen treffen waardoor er geen sprake is van de realisatie van het risico 'T1' voor kleine soorten.

Het gevolg van het niet betrekken van deze houderijmaatregel bij de beoordelingssystematiek is dat 48 kleine soorten niet op de Positieflijst zijn geplaatst (**bijlage 4**). Deze kleine soorten scoren allemaal op drie risicofactoren waaronder risicofactor T1. Zonder de score op T1 waren zij op de Positieflijst geplaatst.

Hieraan wordt voor de volledigheid nog toegevoegd dat in het geval u geen vertrouwen heeft in het treffen van deze maatregel door houders en de sector, u die maatregel kunt voorschrijven op grond van artikel 2.2, lid 10 aanhef en onder b sub 4 Wet dieren.

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich ook op het standpunt dat risicofactor T1 in ieder geval voor kleine soorten geen deugdelijke risicofactor is om aan te toetsen.



1.3.2.2.3 Houderijmaatregelen 'Voedselopname'

Een ander tot de verbeelding sprekend voorbeeld waaruit blijkt dat bij de beoordelingssystematiek ten onrechte geen houderijmaatregelen zijn betrokken voor het uitsluiten en/of minimaliseren van risico's van gevaar voor mensen en de aantasting van het welzijn van dieren betreffen de risicofactoren V1 en V2. Onder die risicofactoren wordt verstaan: "*Diersoort is een herbivore browser met als gevaar bij het niet voldoen aan de essentiële voedingseisen van de soort het ontstaan van vitaminen- en mineralen-deficiënties, maagdarmproblemen, 'slijten' en uiteindelijk sterfte of vergelijkbare gevolgen*" en "*Diersoort is een herbivoor met een hypsodont gebit met als gevaar dat bij onvoldoende abrasieve slijtage gebietsafwijkingen ontstaan als malocclusie, doorgegroeiide tanden en kiezen, verminderde voeropname, conditievermindering en uiteindelijk sterfte of vergelijkbare gevolgen*".

In de ogen van Dibevo is onderhavig risico bij houders en in de sector minimaal vanwege de beschikbaarheid van specialistisch voedsel en voerschema's en de aandacht die de houderij-organisaties en brancheorganisaties hieraan besteden. Hiervoor zijn dus reeds houderijmaatregelen beschikbaar. Het is binnen de sector algemeen gebruikelijk dat het specialistische voedsel wordt gebruikt voor het voeren van de in de bijlage vermelde dertig soorten (**bijlage 5**).

Het gevolg van het niet betrekken van deze bestaande houderijmaatregel bij de beoordelingssystematiek is dat de hiervoor vermelde dertig soorten ten onrechte scoren op de risicofactoren V1 en V2. In feite zijn dit dus geen geschikte risicofactoren om deze soorten aan te toetsen.

Voor het geval u er niet van bent overtuigd dat de sector zelf voldoende maatregelen neemt voor het voeren met specialistisch voedsel, kunnen hiervoor specifieke houderijvoorschriften worden vastgesteld op grond van artikel 2.2, lid 10 aanheft en onder d en e Wet dieren.

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich ook op het standpunt dat risicofactor V1 en V2 niet voor alle soorten geschikte risicofactoren zijn om aan te toetsen.

1.3.2.4 Conclusie: beoordelingssystematiek bevat tekortkomingen

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat de beoordelingssystematiek essentiële tekortkomingen bevat. De systematiek is ten onrechte beperkt tot slechts zeventien risicofactoren van eigenschappen en behoeften van dieren, terwijl er (veel) meer dan zeventien risicofactoren bestaan voor soorten en niet bij elke soort sprake is van één of meer van de in de beoordelingssystematiek gehanteerde zeventien risicofactoren. Voorts zijn de risicofactoren beperkt tot slechts de eigenschappen en behoeften van dieren. Hierbij zijn ten onrechte geen (bestaande) houderijmaatregelen betrokken waardoor risico's kunnen worden voorkomen of geminimaliseerd.

Nu aan zowel het vervangen als de huidige beoordelingssystematiek volgens u de uitgangspunten van het Andibel-arrest ten grondslag liggen en die beoordelingssystemen van toepassing is op hetzelfde artikel 1.4, lid 1 van het Besluit houders van dieren, stelt Dibevo zich op het standpunt dat aan de nieuwe beoordelingssystematiek tekortkomingen kleven en dat die systematiek niet had kunnen worden toegepast voor de vaststelling van onderhavige Positieflijst. Dit klemt te meer nu die beoordelingssystematiek heeft geleid tot een vele male kortere Positieflijst dan die van 2017 – 2015 en daardoor leidt tot een onnodige handelsbelemmering tussen de lidstaten van de EU. Het onderzoek is derhalve ook in strijd met de eisen die daaraan op grond van het Andibel-arrest van het HvJ EU worden gesteld. Op deze strijdigheid wordt in hoofdstuk 4 nader ingegaan.



Tot slot voegen Dibevo e.a. hieraan toe dat 19 van de in totaal 30 op de Positieflijst geplaatste soorten daarop geplaatst op basis van een uitzondering op de beoordelingssystematiek. Die uitzondering geldt voor gedomesticeerde soorten. Van deze 19 soorten zijn zeven soorten (paard, hond, geit, varken etc.) ook nog eens ingedeeld in risicoklasse F. Een indeling in risicoklasse F leidt op grond van de beoordelingssystematiek direct tot het oordeel dat die soort niet op de Positieflijst wordt geplaatst. Dit betekent dus dat tweederde van de soorten op de Positieflijst niet voldoen aan de beoordelingssystematiek. In de ogen van Dibevo e.a. blijkt ook hieruit dat geen sprake is van een deugdelijke beoordelingssystematiek. Onder het mom van een beoordelingssystematiek zijn 19 soorten van de in totaal 30 soorten willekeurig op de Positieflijst geplaatst.

1.3.3 Tekortkoming beoordeling soorten

1.3.3.1 Inleiding

Naast fouten in de beoordelingssystematiek zijn in de ogen van Dibevo e.a. ook fouten gemaakt bij de toepassing van die beoordelingssystematiek. Voorbeelden hiervan zijn de Bos Grunniens, de Chinchilla, en een aantal soorten ratten en muizen. Deze soorten zijn ten onrechte *niet* op de Positieflijst geplaatst en/of onjuist beoordeeld. Dit wordt hierna toegelicht.

1.3.3.2 Bos Grunniens en Chinchilla

Een van de uitgangspunten die aan de beoordelingssystematiek ten grondslag ligt, is dat een soort die scoort op de risicofactoren letsel en/of gezondheid mens (LG1 en LG2) zonder meer in de risicoklasse F wordt geplaatst. Een uitzondering hierop is gemaakt voor gedomesticeerde soorten. Een gedomesticeerde soort die bij de beoordeling scoort op de risicofactoren LG1 en LG2, wordt desondanks op de Positieflijst geplaatst.

Onder andere de Bos Grunniens en de Chinchilla worden op grond van de Europese CITES-regels gekwalificeerd als een gedomesticeerde soorten. Zie – voor zover hier van belang – bijlage A bij de Verordening (EU) nr. 338/97 van de Commissie van 15 mei 2023 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 338/97 van de Raad om rekening te houden met de wijzigingen die zijn aangenomen op de 19e vergadering van de Conferentie van de Partijen bij de Overeenkomst inzake de internationale handel in bedreigde in het wild levende dier- en plantensoorten (citaat):

	Bijlage A	Bijlage B	Bijlage C	Gewone naam
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
Bovidae	(...) Bos mutus (1) (Omvat niet de gedomesticeerde vorm die Bos grunniens wordt genoemd, waarop deze verordening niet van	(...)	(...)	(...) Wilde jak



	toepassing is)			
	(...)			
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
RODENTIA				Knaagdieren
Chinchilidae	Chinchilla spp. (!) (Op specimens van de gedomesticeerde vorm is deze verordening niet van toepassing)			Chinchilla's Chinchilla's
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

Hieruit blijkt dat de Bos Grunniens en de Chinchilla als een gedomesticeerde soorten worden beschouwd. Mitsdien heeft u deze soorten ten onrechte niet op de Positieflijst geplaatst.

1.3.3.3 Zoönosen beperkt tot in wild levende soorten

Een andere onjuiste toepassing van de beoordelingsystematiek betreft de hieronder in de tabel vermelde soorten die worden gehouden. Deze soorten scoren op de risicofactor LG1. Dat betekent dat die soorten het risico met zich brengen van zoönose. Evenwel kunnen die soorten niet scoren op LG1.

Het Adviescollege heeft miskend dat het risico van zoönose is beperkt tot de uit het wild afkomstige dieren. Gehouden dieren vallen hier niet onder, omdat zij uit gevangenschap afkomstig zijn. Bij deze dieren is dus geen sprake van het risico van zoönose.

Het vorenstaande brengt met zich dat het Adviescollege de in onderhavige genoemde soorten onjuist heeft beoordeeld op risicofactor LG1. Een bijkomend gevolg van de score op deze risicofactor is dat de bosmuis, de relmuis en de katoenrat ten onrechte niet op de Positieflijst zijn geplaatst. Zonder score op LG1 waren zij op de Positieflijst geplaatst.

Aantal soorten	Soort (Latijn)	Soort (Nederlands)	
1	<i>Apodemus sylvaticus</i>	Bosmuis	Leptospira interrogans en Mycobacterium microti bij wildvang
2	<i>Arvicanthis neumanni</i>	Tanzaniaanse grasrat	Leptospira interrogans (wildvang)
3	<i>Arvicanthis niloticus</i>	Koesoegrasrat	Leptospira kirschneri (wildvang)



4	<i>Glis glis</i>	Relmuis	Hantaanvirus
5	<i>Mastomys natalensis</i>	Veeltepel muis	Leptospira spp.(wildvang)
6	<i>Micromys minutus</i>	Europese dwergmuis	Leptospira spp. Hantaan(wildvang)
7	<i>Mus musculus</i>	Huismuis (wild)	Dobrava-Belgrade virus en Leptospira interrogans bij nk beheersbaar
8	<i>Peromyscus eremicus</i>	Cactusmuis	Sin Nombre hantavirus, Leptospira interrogans, Anaplasma phagocytophilum, Yersinia pestis, Francisella tularensis, Eastern equine encephalitis virus en Tick-borne encephalitis virus
9	<i>Peromyscus leucopus</i>	Witvoetmuis	Monongahela hantavirus en New York hantavirus (wildvang)
10	<i>Sigmodon hispidus</i>	Katoen rat	Black Creek Canal hantavirus (alleen wildvang)
11	<i>Spermophilus variegatus</i>	Rots grondeekhoorn	Sin Nombre Hantavirus (wildvang)

1.4 Conclusie de Positieflijst is onzorgvuldig voorbereid

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat het onderzoek naar de wijze van totstandkoming en inhoud zodanige gebreken dat u dit niet bij de besluitvorming over de vaststelling van de Positieflijst had kunnen betrekken. Hiervan heeft u zich onvoldoende rekenschap gegeven. De Positieflijst is volgens Dibevo e.a. dan ook onzorgvuldig voorbereid en in strijd met het bepaalde in artikel 3:2 Awb vastgesteld.

2. Positieflijst onevenredig nadelig besluit

Naar het oordeel van Dibevo e.a. is de Positieflijst onevenredig nadelig voor houders, fokkers en handelaars in verhouding tot de met de Positieflijst te dienen doel. De Positieflijst is derhalve in strijd met artikel 3:4, lid 2 Awb. Dit artikel luidt (citaat):

“De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.”

Sinds de Harderwijk-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 februari 2022 wordt in rechte een nieuw kader gehanteerd voor het toetsen van besluiten met beleidsruimte aan het evenredigheidsbeginsel.¹⁴ De Positieflijst kwalificeert als een dergelijk besluit. Vanaf de uitspraak wordt de belangenafweging die ten grondslag ligt aan dergelijk besluiten in rechte getoetst

¹⁴ AbRS 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285)



aan de norm in artikel 3:4, lid 2 Awb. De toepassing van het evenredigheidsbeginsel vergt daarom ook een scherp inzicht van u bij de besluitvorming in alle relevante feiten en omstandigheden en een afgewogen en deugdelijk gemotiveerd oordeel over de vraag welke gevolgen voor welke belanghebbenden (nog) wel of juist niet (meer) evenredig zijn.

Het vorenstaande brengt met zich dat u bij de vaststelling van de Positieflijst de antwoorden op de volgende vragen had moeten betrekken:¹⁵

1. Is de Positieflijst geschikt om het doel te bereiken?
2. Is de Positieflijst noodzakelijk om het doel te bereiken? Is een keuze mogelijk tussen meer geschikte maatregelen, dan moet op basis van deze toets die maatregel worden gekozen die de belanghebbenden het minst belast.
3. Is de Positieflijst (verbod houden andere zoogdiersoorten dan de 30 op de lijst geplaatsten zoogdiersoorten) evenwichtig (evenredigheid stricto sensu)? Is de op zichzelf geschikte en noodzakelijke maatregel in de gegeven omstandigheden niet onredelijk bezwarend voor de belanghebbende?

Uit de NvT bij de Positieflijst blijkt Dibevo e.a. niet dat u de antwoorden op deze vragen heeft betrokken bij de vaststelling van de Positieflijst. Hierin is niet beoordeeld of de Positieflijst een geschikte, noodzakelijke en evenwichtige maatregel is. Dit terwijl de Positieflijst grote nadelige gevolgen heeft voor de houders van zoogdiersoorten en hen het fundamentele recht van het houden van zoogdiersoorten ontnemt. Dit met uitzondering van 30 soorten die op de Positieflijst zijn geplaatst. Ter toelichting dient het volgende.

Tot 1 juli 2024 gold op basis van uw toezegging, zoals toegelicht in hoofdstuk 1, geen houdverbod voor particulieren en bedrijven van soorten op grond van artikel 2.2, lid 1 van de Wet dieren. Met ingang van 1 juli 2024 wordt het 'houdrecht' vervangen door een 'houdverbod', behoudens voor de op de Positieflijst geplaatste soorten. Dit besluit is gebaseerd op een beperkt onderzoek van in totaal 314 soorten, terwijl er in Nederland meer dan 314 soorten worden gehouden.

Kortom, de Positieflijst is een (zeer) ingrijpend besluit voor houders van dieren die niet op onderhavige Positieflijst zijn geplaatst. Het ontnemt hun het fundamentele recht van het houden van die zoogdieren dat zij tot 1 juli jl. onverkort hadden. Deze nadelige gevolgen zijn volgens Dibevo e.a. zo onevenredig in verhouding met het met de Positieflijst te dienen doel dat de Positieflijst de toets aan het evenredigheidsbeginsel niet kan doorstaan. Dibevo e.a. lichten dit toe aan de hand van de drie vragen die u in het kader van de evenredigheid op grond van de vaste rechtspraak van de Afdeling bij het vaststellingsbesluit van de Positieflijst had moeten betrekken.

Vraag 1: Is de Positieflijst geschikt om het doel te bereiken?

In de eerste plaats is het onduidelijk welk *doel* u met de Positieflijst wilt bereiken. Het doel waarom u een houdverbod voor de meeste soorten wilt instellen, wordt niet in de NvT van de Positieflijst toegelicht en/of in het onderzoek dat ten grondslag ligt aan de Positieflijst. Mitsdien is het ook niet duidelijk of de Positieflijst geschikt is om het doel te bereiken. Het komt Dibevo e.a. voor dat louter politieke belangen ten grondslag liggen aan de Positieflijst. Vanaf 1992 heeft u verschillende vergeefse pogingen ondernomen om te komen tot de invoering van een systeem om diersoorten te beoordelen

¹⁵ AbRS 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285), r.o. 7.7 en 7.8



en besluiten te nemen over het aanwijzen of niet aanwijzen van die soorten. Een aantal van die pogingen zijn gestrand omdat zij niet pasten binnen de kaders van het kabinetsbeleid; het kabinet vond dat de verantwoordelijkheid voor het houden van dieren primair bij de houders ligt.¹⁶ Hier speelt daarnaast dat het toezicht (controle) op de gezondheid en het welzijn van soorten niet goed kan plaatsvinden. Ook is de handhaving van een Positieflijst in de praktijk nagenoeg onuitvoerbaar. Gelet hierop, alsmede gelet op het tijdsverloop sinds 1992 tot op heden, kunnen Dibevo e.a. zich niet aan de indruk onttrekken dat de Positieflijst een politiek prestigeproject is geworden.

Hieraan voegen Dibevo e.a. toe dat de Positieflijst, gelet op de algemene zorgplicht in artikel 1.4 van de Wet dieren en de mogelijkheid van de wetgever om houderijvoorschriften vast te stellen op grond van artikel 2.2, lid 10 van de Wet dieren, niet nodig is om risico's voor de gezondheid van mensen en het welzijn van de dieren te voorkomen. De basis is de algemene zorgplicht die een beroep doet op de eigen verantwoordelijkheid van de houders van dieren, de sector en de brancheorganisaties. Wanneer nadelige gevolgen voor soorten daarom mochten vragen, kunt u meer uitgewerkte houderijvoorschriften dan die uit artikel 1.6 van het Besluit houders van dieren vaststellen om die gevolgen te beperken. Zoals hiervoor in paragraaf 1.3 toegelicht kunnen houderijvoorschriften een groot aantal risico's voor de gezondheid van mensen en het welzijn van dieren voorkomen dan wel minimaliseren. Gelet op deze wettelijke regels heeft een Positieflijst in de ogen van Dibevo e.a. geen toegevoegde waarde.

Wat daar van zij, nu vastgesteld moet worden dat de Positieflijst geen kenbaar doel dient, is de Positieflijst per definitie een onevenredig belastend besluit en derhalve in strijd met artikel 3:4, lid 2 Awb.

Vraag 2: Is de Positieflijst noodzakelijk om het doel te bereiken?

Verondersteld dat het doel om het houden van zoogdiersoorten drastisch te beperken verband houdt met de toegepaste risicofactoren voor het opstellen van de Positieflijst (beschermen gezondheid mensen en dieren en dierenwelzijn), voeren Dibevo e.a. aan dat die te beperkt zijn om het doel te bereiken. Er hadden meer en andere risicofactoren bij het opstellen van de Positieflijst kunnen en moeten worden betrokken dan de zeventien risicofactoren die zijn gebaseerd op de eigenschappen en behoeften van soorten. Zie hierover hetgeen in paragraaf 1.3 is aangevoerd over de tekortkomingen in de opgestelde beoordelingssystematiek. Met andere woorden, de toegepaste risicofactoren voor de Positieflijst zijn niet noodzakelijk om het doel te bereiken.

De risicofactoren zijn in uw opdracht opgesteld. Hiervoor heeft u aan de WAP de volgende – voor zover hier van belang – opdracht verstrekt voor het opstellen van een toetsingskader ofwel een beoordelingssystematiek (citaat):¹⁷

“Randvoorwaarden en criteria

(...)

¹⁶ Kamerstukken II, 2003/04, 28 286, nr. 5

¹⁷ Zie bijlage 1 bij het Advies toetsingskader positieflijst zoogdieren; bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 28 286, nr. 1085



- Een systematiek te ontwikkelen waarbij wordt toegewerkt naar een risicobeoordeling van een diersoort (Onderstreping: MB en IN). Daarbij is het aan de Minister om te bepalen welk risiconiveau ze maatschappelijk aanvaardbaar acht.

(...)

- De intrinsieke waarde zoals omschreven in de Wet Dieren als uitgangspunt te nemen bij de ontwikkeling van het toetsingskader. Daarnaast dient het welzijnsbegrip in het toetsingskader breder te zijn dan diergezondheid. Het gaat bijvoorbeeld ook om de mogelijkheid om natuurlijk gedrag te vertonen.

(...)

- De risico's -los van feitelijke motivatie, middelen, kennis en kunde van een houder- te beoordelen. Een hoger risico houdt in dat het verantwoord houden van een diersoort bezien vanuit welzijn en gevaar meer van een houder vraagt en de gevolgen van niet juist houden van het diersoort groot zijn.
- 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. (...)"

Uit het samenstel van deze opdracht en het gestelde in paragraaf 3 van de NvT bij de Positieflijst blijkt dat u het opstellen van de beoordelingssystematiek voor het beschermen van de gezondheid van mensen en dieren en het dierenwelzijn bewust heeft beperkt tot uitsluitend risicofactoren die zijn gebaseerd op de eigenschappen en behoeften van het dier (citaat):

3. Aanwijzing diersoorten

Voor de selectie van diersoorten die kunnen worden opgenomen op de lijst is een toetsingskader opgesteld. Dit kader is ontwikkeld door de Wetenschappelijke adviescommissie positieflijst, die bestaat uit onafhankelijke wetenschappers. (...)

Het toetsingskader gaat uit van risicofactoren voor dierenwelzijn en gevaar voor de mens. (...) De eigenschappen en behoeften van het dier zijn hierbij het uitgangspunt, en niet de mogelijkheden die een houder heeft om hiermee om te gaan."

Dit uitgangspunt is, gelet op het veronderstelde doel, onnodig beperkend. De bescherming van de gezondheid van mensen en dieren en het dierenwelzijn is ook mogelijk door daarbij meer en andere factoren te betrekken.

Eén van die factoren noemt u in het hierboven opgenomen citaat ook zelf: het opstellen van houderijvoorschriften (huisvesting- en verzorgingsregels). Dit uitgangspunt heeft u ten onrechte uitgesloten bij het (laten) opstellen van de beoordelingssystematiek. Dit blijkt niet alleen uit de opdracht aan de WAP,



maar ook uit het advies van het Adviescollege. Op bladzijde 40 adviseert het Adviescollege u immers om ook de mogelijkheid van het vaststellen van houderijvoorschriften te betrekken bij het vaststellen van de Positieflijst (citaat):

"(...) Het college adviseert derhalve te overwegen in hoeverre de regelgeving voor de huis- en hobbydierenlijst gebruikt zou kunnen maken van een systeem van houderijvoorschriften, zowel gericht op het dierenwelzijn als het risico voor de mens. Daarbij wordt het houden van bepaalde (gedomesticeerde) diersoorten toegestaan mits aan enkele belangrijke houderijvoorwaarden wordt voldaan."

Ook met houderijmaatregelen kan de gezondheid van mensen en dieren en het dierenwelzijn dus worden beschermd en het doel van een Positieflijst worden bereikt. Evenwel heeft u dit advies, zoals blijkt uit de hiervoor geciteerde tekst uit paragraaf 3 van de NvT, ongemotiveerd genegeerd.

Voorts ontlene Dibevo e.a. steun voor hun standpunt dat houderijmaatregelen ten onrechte niet zijn betrokken bij de beoordelingssystematiek aan het feit dat die, zoals toegelicht in paragraaf 1.3, wel zijn betrokken bij de vervangen beoordelingssystematiek voor de Positieflijst 2017 – 2015 om het doel te bereiken. Uit het feit dat op de Positieflijst 2017 – 2015 substantieel meer soorten zijn geplaatst dan op onderhavige Positieflijst blijkt dat onderhavige beoordelingssystematiek onnodig beperkend is.

Tot slot wijzen Dibevo e.a. nog op een laatste door het Adviescollege genoemde factor die ten onrechte niet is betrokken bij de beoordelingssystematiek voor de Positieflijst. Het Adviescollege beschrijft die factor in hoofdstuk 7 van haar advies als volgt (citaat):

"Het college realiseert zich dat bij de besluitvorming over de plaatsing van zoogdiersoorten op de huis- en hobbydierenlijst, naast de hier gepresenteerde wetenschappelijke fundamentele argumenten, ook argumenten mee wegen die betrekking hebben op het gemak waarmee aan de speciale eisen die voortvloeien uit de genoemde eigenschappen van de betreffende diersoort kan worden voldaan. Wat betreft klimaatseisen zal het bijvoorbeeld meestal gemakkelijker en goedkoper zijn om aan de eisen van een klein tropisch knaagdier te voldoen dan aan de eisen van een groot tropisch hoefdier."

Het Adviescollege heeft bij de beoordeling van de afzonderlijke soorten echter nadrukkelijk geen oordeel gegeven over de aard en omvang van kennis, kunde, middelen en gemak waarmee voorzieningen, die tegemoet komen aan de verschillende risicofactoren, zijn te realiseren."

Alleen al uit het vorenstaande blijkt dat u meer nadelige gevolgen had kunnen voorkomen door meer factoren te (laten) betrekken bij het opstellen van de beoordelingssystematiek. Alsdan had u ook uw veronderstelde doel kunnen realiseren en was dat minder nadelig geweest voor de houders. Dit maakt dat onderhavige Positieflijst niet een *noodzakelijke* maatregel is om het doel van de bescherming van de gezondheid van mensen en dieren en het dierenwelzijn te bereiken. Onderhavige Positieflijst kwalificeert derhalve niet als de minst belastende maatregel die mogelijk is.

Vraag 3: Is de Positieflijst (verbod houden andere zoogdiersoorten dan de 30 op de lijst geplaatste zoogdiersoorten) evenwichtig (evenredigheid stricto sensu)?

Het vorenstaande betekent ook dat onderhavige Positieflijst op zichzelf geen *evenwichtige* maatregel is. Deze maatregel is onredelijke bezwarend voor Dibevo e.a.



Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat u de Positieflijst in strijd met de vaste rechtspraak niet heeft getoetst aan het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, lid 2 Awb en dat de Positieflijst onevenredig nadelig is in verhouding tot het daarmee te dienen belang. U had kunnen volstaan met een Positieflijst die gelet op het beweerdelijke doel minder belastend is.

3. Positieflijst niet gebaseerd op geldende criteria artikel 1.4 Besluit houders van dieren

De op 17 april 2024 vastgestelde Positieflijst is niet gebaseerd op het met ingang van 1 juli 2024 gewijzigde artikel 1.4 van het Besluit houders van dieren. Ter toelichting dient het volgende.

Op grond van artikel 2.2, lid 1 van de Wet dieren is het verboden dieren van soorten of categorieën te houden die u niet heeft aangewezen. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur de criteria worden vastgesteld op grond waarvan u de diersoorten of diercategorieën aanwijst. Deze criteria zijn vastgelegd in artikel 1.4, lid 1 van het Besluit houders van dieren.

Voor het voorbereiden van de Positieflijst heeft u in het najaar van 2017 de WAP opdracht verstrekt om een beoordelingssystematiek voor zoogdiersoorten op te stellen op grond van de criteria in artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren. De WAP heeft hieraan gehoor gegeven in haar advies van september 2019. U heeft dit advies met de daarin opgenomen beoordelingssystematiek bij Kamerbrief van 8 januari 2020 met de Tweede Kamer gedeeld.¹⁸ Uw opdracht is als bijlage 1 aan het advies gehecht. Onder het kopje 'Randvoorwaarden en criteria' heeft u - voor zover hier van belang - in de opdracht aangegeven op welke wettelijke grondslag de beoordelingssystematiek moet worden gebaseerd (citaat):

*"De commissie wordt in het kader van haar opdracht gevraagd om het volgende.
(...)*

- Het advies te laten aansluiten bij het wettelijk kader zoals vastgelegd in de Wet Dieren en onderhavige wetgeving en relevante jurisprudentie. De criteria genoemd in artikel 1.4 Besluit houders van dieren vormen het kader voor de beoordeling. (...)"*

De WAP heeft haar advies in 2019 opgeleverd. Op dat moment golden de volgende criteria op grond van artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren (citaat):

"De criteria, bedoeld in artikel 2.2, tweede lid, van de wet, zijn:

- a. dieren:
1° van de desbetreffende diersoort of diercategorie kunnen zonder specialistische kennis en vaardigheden worden gehouden, gelet op:*

i de mate waarin het dier behoefte heeft aan bewegen en een specifieke leefomgeving;

ii de gemiddelde grootte van het dier op volwassen leeftijd;

¹⁸ Kamerstukken II 2019/20, 28 286, nr. 1085



iii de behoefte van het dier aan periodes van activiteit of inactiviteit gedurende een dag of een seizoen;

iv de behoeften van het dier met betrekking tot foerageren en eten, waaronder de rantsoensamenstelling;

v de mate waarin het dier behoefte heeft aan veiligheid en schuilgelegenheid;

vi de behoeften van het dier met betrekking tot voortplanting en grootbrengen van jongen;

vii de behoefte van het dier met betrekking tot schoonmaakgedrag;

viii de sociale of biosociale behoeften van het dier;

ix de mate waarin het dier behoefte heeft aan prikkels en afleiding, of

2° behoren tot een diersoort of diercategorie die bij artikel 2.1 zijn aangewezen, of

b. het houden van dieren van de desbetreffende diersoort of diercategorie:

1° levert geen onaanvaardbare mate van gevaar op voor mens of dier,

2° is niet verboden bij artikel 3.2, eerste lid, of 3.6, eerste lid, van de Wet natuurbescherming, in samenhang met artikel 3.2, tweede en derde lid, onderscheidenlijk artikel 3.6, derde lid, van die wet en krachtens artikel 3.3, derde lid, onderscheidenlijk 3.8, derde lid, van die wet verleende ontheffingen of vrijstellingen, en is niet verboden op grond van bij of krachtens artikel 3.37, 3.38 of 3.39 van de Wet natuurbescherming, gestelde regels, in samenhang met krachtens artikel 3.40 van die wet verleende ontheffingen of vrijstellingen, of

3° levert gelet op de subonderdelen i tot en met ix van onderdeel a, onder 1°, geen onaanvaardbare aantasting op van het welzijn of de gezondheid van die dieren.”

Uit het samenstel van de opdracht en artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren kan niet anders dan worden afgeleid dat de beoordelingssystematiek is gebaseerd op de criteria in artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren zoals die golden in 2019.

Vervolgens heeft het Adviescollege op basis van het door de WAP opgestelde beoordelingssystematiek 314 zoogdiersoorten beoordeeld. De resultaten van die beoordeling zijn opgenomen in het ongedaanteerde advies van het Adviescollege. Op basis van dit advies stelt het Adviescollege u voor om 29 zoogdiersoorten en de woestijnslapmuis op de Positieflijst te plaatsen.

Bij Kamerbrief van 6 juli 2022 heeft u het advies van het Adviescollege aan de Tweede Kamer aangeboden.¹⁹ In de bij deze Kamerbrief gesloten Beslisnota van 30 juni 2022 wordt op bladzijde vier vermeld – voor zover hier van belang – dat de criteria in artikel 1.4 van Besluit houders van dieren nog moeten worden aangepast (citaat):

¹⁹ Kamerstukken II 2021/22, 28 286, nr. 1260



“Vervolg

(...) We passen het Besluit houders van dieren aan, omdat de criteria die in het Besluit staan niet aansluiten bij de meest recente wetenschappelijke inzichten, die zijn weerslag hebben gevonden in de beoordelingssystematiek. (...)”

Vervolgens heeft u bij Kamerbrief van 19 juni 2023 het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit houders van dieren in het kader van de voorhangprocedure voor bespreking aan de Eerste en Tweede Kamer gezonden.²⁰ Het Besluit houdende wijziging van het Besluit houders van dieren is vervolgens op 25 april 2024 vastgesteld. In artikel II van dit Besluit is bepaald dat het – evenals de Positieflijst – op 1 juli 2024 in werking treedt.

In de NvT bij dit Besluit houders van dieren wordt het volgende – voor zover hier van belang – vermeld over de aanleiding van het wijzigen van de criteria in artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren (citaat):²¹

“1. Aanleiding

Dit besluit voorziet in nieuwe criteria voor de beoordeling van diersoorten op hun geschiktheid om door een mens te kunnen worden gehouden. Op basis van deze criteria wordt door de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit een lijst van diersoorten vastgesteld die mogen worden gehouden. De tot dusverre in artikel 1.4 van het Besluit houders van dieren opgenomen toetsingscriteria sloten niet meer aan bij de meest recente wetenschappelijke inzichten, die hun weerslag hebben gevonden in de beoordelingssystematiek. De criteria zijn daarom herzien.

(...)

3. Hoofdlijnen besluit

(...)

Gebleken is dat de oorspronkelijke criteria in artikel 1.4 van het Besluit houders van dieren niet aansluiten bij de meest recente wetenschappelijke inzichten, die moeten terugkomen in de beoordelingssystematiek (Onderstrepingen: MB en IN). De criteria zijn daarom herzien. De nieuwe criteria zijn meer toekomstbestendig en algemeen vormgegeven, zodat wetenschappelijke inzichten in de toekomst beter kunnen worden meegenomen bij de beoordeling of dieren van een soort of categorie geschikt zijn om te worden gehouden, met het oog op opname van die soort of categorie op de zogeheten huis en hobbydierenlijst.”

Naar aanleiding van het ontwerpbesluit heeft de Tweede Kamer op 11 juli 2023 vragen ter beantwoording aan u voorgelegd. Eén van die vragen heeft betrekking op de toegepaste criteria uit artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren. De vraag van een Kamerlid en uw antwoord daarop luidt voor zover hier van belang (citaat):²²

²⁰ Kamerstukken II 2022/23, 28 286, nr. 1299

²¹ Staatsblad 2024, 117, p. 2 en 3

²² Kamerstukken II 2022/23, 28 286, nr. 1304



"Vragen en opmerkingen vanuit de fracties en reactie van de bewindspersoon

Vragen en opmerkingen van de leden van de VVD-fractie

(...) *Is de lijst, zoals deze is gepresenteerd voor zoogdieren, opgesteld aan de hand van deze nieuwe criteria of op basis van de huidige criteria zoals opgenomen in het Besluit houders van dieren? Welke consequenties heeft het stellen van nieuwe criteria voor de samenstelling van de huis- en hobbydierenlijst voor zoogdieren?*

De voorgenomen huis- en hobbydierenlijst is opgesteld op basis van de nieuwe, in het voorgenomen artikel 1.4, eerste lid, van het Besluit houders van dieren opgenomen criteria. De voorgenomen nieuwe criteria zijn ten opzichte van het huidige artikel 1.4, eerste lid, van dat besluit algemener, minder restrictief geformuleerd. Daarmee wordt optimaal aansluiting gecreëerd op de wetenschappelijke inzichten. Dat is nodig, omdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) in 2017 had geoordeeld dat de wijze waarop diersoorten eerder werden beoordeeld voor plaatsing op de lijst niet voldeed aan het Europeesrechtelijke vereiste van wetenschappelijke objectiviteit en dat niet was voldaan aan de beginselen van deskundigheid en transparantie (zoals volgt uit het Andibel-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie). (...)

De consequentie van de nieuwe voorgenomen criteria in artikel 1.4, eerste lid, van het Besluit houders van dieren is dat de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit een wetenschappelijk onderbouwd besluit kan nemen over de plaatsing van diersoorten op de huis- en hobbydierenlijst die voldoet aan de Europeesrechtelijke voorwaarden (Onderstrepingen: MB en IN)."

Met ingang van 1 juli 2024 luiden de criteria voor de aanwijzing van zoogdiersoorten op grond van artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren (citaat):

"Artikel 1.4, eerste lid, komt te luiden:

1. De criteria, bedoeld in artikel 2.2, tweede lid, van de wet, zijn:

- a. de mate waarin het welzijn van het dier kan worden gewaarborgd wanneer het wordt gehouden;*
- b. de mate waarin de gezondheid van mens en dier kan worden gewaarborgd wanneer het dier wordt gehouden; en*
- c. de mate waarin de veiligheid van mens en dier kan worden gewaarborgd wanneer het dier wordt gehouden."*

Uit het vorenstaande blijkt dat de Positieflijst - anders dan dat u stelt - niet is gebaseerd op de gewijzigde criteria in artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren zoals die gelden met ingang van 1 juli 2024. De Positieflijst is al vastgesteld op 17 april 2024. Op dat moment golden nog de oude criteria van artikel 1.4, lid 1 Besluit houders van dieren. Dit brengt ook de vraag met zich, gelet op uw geciteerde antwoord op een Kamervraag, of de Positieflijst is gebaseerd op de meest recente wetenschappelijke inzichten.

Op grond van het vorenstaande stellen Dibevo e.a. zich op het standpunt dat de Positieflijst in strijd met het bepaalde in artikel 1.4, lid 1 van het Besluit houders van dieren is vastgesteld.



4. Positieflijst belemmert vrije handelsverkeer tussen EU-lidstaten onevenredig

4.1 Inleiding

De Positieflijst betreft in de ogen van Dibevo e.a. een absoluut verbod op het houden van (niet op de Positieflijst opgenomen) zoogdiersoorten. Het bijkomende gevolg van het absolute houdverbod is dat het ook de handel van de betreffende zoogdiersoorten beperkt. Ingevolge het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) mag dat slechts onder bepaalde en strikte voorwaarden. Mitsdien kwalificeert de Positieflijst niet alleen als een houdverbod, maar ook als een handelsverbod met uitzondering van een beperkte doorvoer.

Op grond van artikel 34 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zijn invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking tussen lidstaten verboden. Het vrij verkeer van goederen is een van de fundamentele beginselen voor de werking van de Europese Unie. Op grond van artikel 36 VWEU kan een legitiem doel van algemeen belang evenwel een beperking van het vrije verkeer van goederen onder dwingende redenen van algemeen belang rechtvaardigen. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. Artikel 36 VWEU luidt (citaat):

“De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen (Onderstreping: MB en IN).”

Het opstellen van een Positieflijst voor dieren wordt in de jurisprudentie van het HvJ EU beschouwd als maatregel die het handelsverkeer tussen EU-lidstaten in principe kan beïnvloeden. Volgens HvJ EU (daarin gevolgd door het CBB) mag het vrije verkeer van goederen beperkt worden indien die beperking een met het Verdrag legitiem doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is.

In het hiervoor genoemde Andibel-arrest is het HvJ EU specifiek ingegaan op de vraag wanneer een Positieflijst voor dieren in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Naast de hiervoor al genoemde (door het CBB overgenomen) voorwaarden dat:

1. de opstelling van zo'n lijst moet berusten op objectieve en niet discriminerende criteria;
2. uit de lijst voortvloeiende beperkingen geschikt moeten zijn om het beoogde doel te bereiken;
3. deze beperkingen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is met het oog op het te bereiken doel,

bevat het Andibel-arrest nog een belangrijk punt. Dit punt is in paragraaf 1.2.1 geciteerd, maar wordt voor de leesbaarheid van dit hoofdstuk herhaald (citaat):



“37. 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 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 (zie naar analogie met name arrest Alliance for Natural Health e.a., reeds aangehaald, punt 73).

Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU²³ dient zo'n wetenschappelijke beoordeling die ten grondslag wordt gelegd aan een Positieflijst te bestaan uit:

- het identificeren en karakteriseren van de mogelijke gevaren;
- het beoordelen van het risico op blootstelling daaraan;
- het beoordelen van de ernst van de gevolgen.

Dibevo e.a. zijn onder meer van mening dat:

- het ingevolge art. 36 VWEU en jurisprudentie van het HvJ EU (en CBB) vereiste legitieme doel dat – onder dwingende redenen van algemeen belang – een beperking van het vrije verkeer van goederen (in de vorm van de Positieflijst) rechtvaardigt ontbreekt (par. 4.3);
- het onderzoek op basis waarvan de Positieflijst tot stand gekomen is – om meerdere redenen (het ontbreken van dierspecifiek onderzoek daaronder begrepen) – niet voldoet aan de in de jurisprudentie van HvJ EU ontwikkelde en door CBB overgenomen criteria (par. 4.4);
- de Positieflijst verder gaat dan met het oog op het te bereiken doel noodzakelijk is (par. 4.5).

Vanwege deze strijdigheid met (art. 34 e.v.) VWEU en jurisprudentie van het HvJ EU (en CBB) kan het bestreden besluit niet in stand blijven. Zie ook bijgesloten onderzoeksrapport van Prof. dr. dr. Tade M. Spranger verbonden aan de rechtenfaculteit van de universiteit van Bonn (Duitsland) (**bijlage 6**).

Alvorens dit toe te lichten merken Dibevo e.a. op dat zij in paragraaf 1.3 (inhoudelijke gebreken onderzoek), meer in het bijzonder in paragraaf 1.3.1 (inleiding) en 1.3.2 (tekortkomingen beoordelingssystematiek), en hoofdstuk 2 al kanttekeningen plaatsten bij:

- het sterk vereenvoudigd toetsingskader dat bij het opstellen van de positieflijst is gehanteerd;
- het ontbreken van houderijmaatregelen;
- het ontbreken van een kenbaar doel.

Onderstaande paragrafen vormen hierop een aanvulling.

²³ HvJ EU 11 september 2002 (ECLI:EU:T:2002:210) (Alpharma)



4.2 Opgestelde beoordelingssystematiek voor Positieflijst

Voor een toelichting op de voor de Positieflijst opgestelde 'sterk vereenvoudigde' beoordelingssystematiek wordt in de eerste plaats verwezen naar de paragrafen 1.3.1 en 1.3.2.1.

Hieraan wordt toegevoegd dat voor de beoordeling van het risico voor de mens de factoren letsel bij de mens (LG2) en gezondheid van de mens (zoönosen) (LG1) in de systematiek zijn opgenomen. Een score op één van deze factoren leidt direct tot een indeling in de hoogste risicoklasse (F).

Scoort een gedomesticeerd soort op deze factoren dan wordt die ondanks de risico's voor de gezondheid en letsel geklasseerd als houdbaar omdat over deze soort veel bekend is en dieren zich makkelijk kunnen aanpassen aan de houderij. Het Adviescollege schrijft daarover – voor zover hier van belang – in hoofdstuk 2 'Samenvatting' van het advies (citaat):

"(...) Het Adviescollege adviseert de minister de diersoorten die in een vergevorderd stadium van het domesticatieproces zijn beland en vele decennia, soms eeuwen, in Nederland worden gehouden op de huis- en hobbydierenlijst te plaatsen, ook als die soorten risicofactoren hebben in drie of meer risico-categorieën. Het Adviescollege heeft hierbij overwogen dat de hanteerbaarheid van deze dieren groot is, dat de habituatie snel en effectief verloopt en dat er zich een gangbare dierhouderij heeft ontwikkeld die is ingebed in een sterke kennisomgeving. Een risicoclassificatie op het niveau van de soort voldoet bij gedomesticeerde dieren bovendien maar matig omdat risicofactoren sterk kunnen variëren onder de rassen van een soort en deze bovendien voortdurend aan verandering onderhevig zijn. Van belang is ook de constatering dat de letselschade die kan worden veroorzaakt zich vooral voordoet bij specifieke rassen."

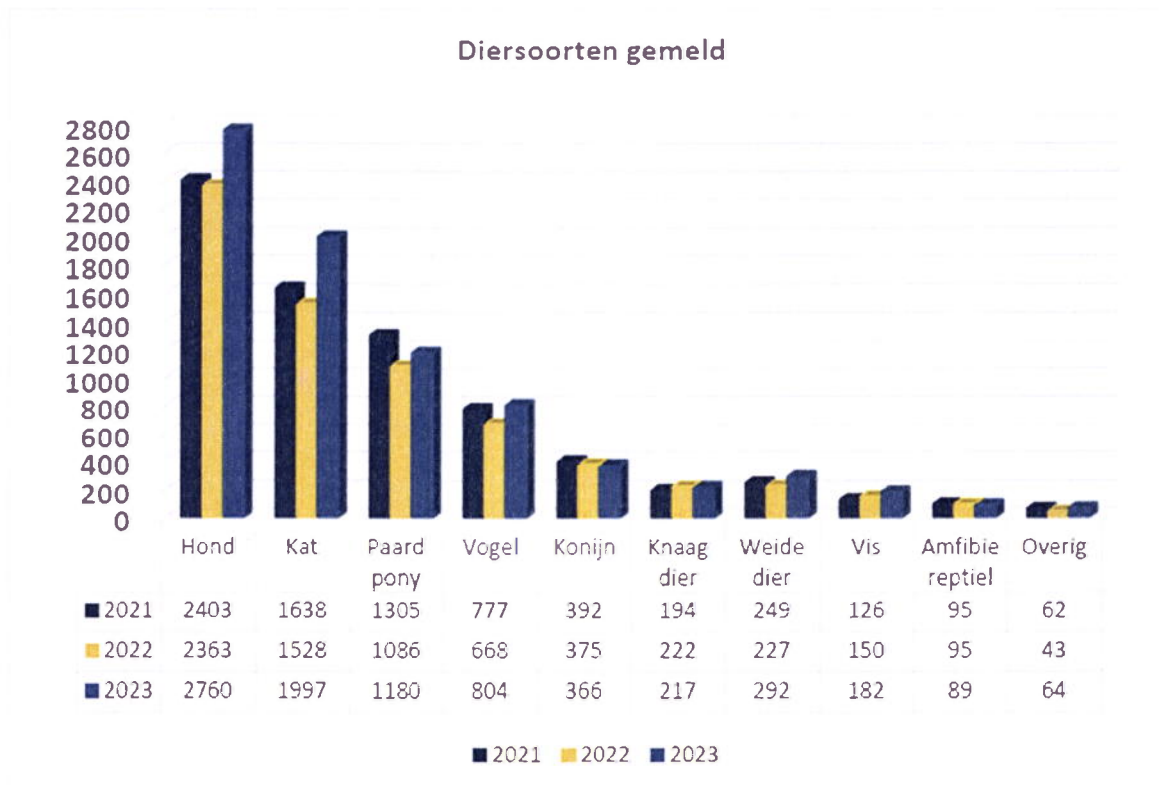
4.3 Noodzaak/dwingende redenen Positieflijst: ontbreken

4.3.1 Inleiding

De noodzaak/dwingende redenen van algemeen belang die het opstellen van een Positieflijst volgens het HvJ EU kunnen rechtvaardigen ontbreken: op geen enkele wijze is aangetoond dat soorten die niet op de Positieflijst staan een hoger risico op aantasting van het welzijn en/of de gezondheid van mens en dier kennen dan dieren die daar wel op staan. Enkele voorbeelden ter verduidelijking.

4.3.2 welzijn

Ervan uitgaande dat het aantal inbeslagnames een maat is voor de mate waarin dierenwelzijn wordt aangetast, dan volgt uit de meest recente jaarverslagen van de Landelijke Inspectiedienst Dierenwelzijn (LID) dat dat risico bij katten en honden, hobbydieren en in mindere mate bij konijnen en knaagdieren en paarden en pony's ligt. Vgl. onderstaand overzicht.



	In beslag name 2021	In beslag name 2022	In beslag name 2023	In bewaring name 2021	In bewaring name 2022	In bewaring name 2023
Hond	19	168	43	146	76	495
Kat	66	11	22	271	146	202
Paard/pony	0	0	6	49	17	14
Vogel	52	181	83	91	396	786
Konijn	8	14	23	80	40	30
Knaagdier	0	472	16	17	107	19
Weidedier	0	3	2	2	1	8
Koudbloedige	0	0	7	5	195	26
Totaal	145	849	202	661	978	1580

De LID merkt bij de oververtegenwoordiging van katten en honden wel op dat kan komen door onderrapportage voor de overige diergroepen "Er is geen eenduidig beeld te geven waarom alleen het aantal honden- en kattenmeldingen stijgt. Het zou voor de hand liggen dat ook de zorg voor andere diersoorten is verslechterd. De LID vermoedt dat vooral kleinere huisdieren (zoals konijnen en knaagdieren) makkelijker door omstanders over het



hoofd worden gezien en welzijnsproblemen daarom niet worden opgemerkt en gemeld. Ook de drempel om deze dieren te dumpen (waardoor het niet tot welzijnsmeldingen komt) is lager dan bij honden en katten. Het aantal meldingen over paarden en pony's is onverminderd hoog, maar blijft de laatste jaren stabiel.”

Bron Jaarverslag LID 2023 p. 11 en 14.

Huisdierenbezit

Tabel 1 - Huisdierenbezit in Nederland Basis: Nederlandse huishoudens, n=2.901, meerdere antwoorden mogelijk

	Huisdieren bezit (% huishoudens)				Aantal huishoudens	Gemiddeld aantal huisdieren				Totaal aantal dieren		
	november 2021	juni 2022	december 2022	januari 2024		2021	juni 2022	december 2022	2024	november 2021 - juni 2022	juni 2022 - december 2022	januari 2024
huishoudens zonder huisdieren	55%	55%	55%	55%	4.423.900							
huishoudens met huisdieren	45%	45%	45%	45%	3.619.500							
waarvan huishoudens met												
honden	18,3%	17,2%	18,3%	18,2%	1.473.300	1,26	1,24	1,30	1,21	1.787.000	1.829.500	1.777.000
katten	24,5%	23,2%	23,4%	23,0%	1.879.500	1,60	1,60	1,60	1,60	3.068.000	3.010.000	3.000.000
ster/zangvogels	4,0%	3,8%	2,8%	2,9%	228.100	5,07	6,40	7,20	6,17	1.785.500	1.803.500	1.408.000
aquariumvissen	4,5%	4,7%	4,2%	3,7%	334.800	16,03	15,37	15,70	20,01	5.801.500	5.564.500	6.699.000
vijvervissen	3,5%	4,2%	3,2%	3,2%	258.000	21,81	20,88	27,60	26,17	6.639.000	7.128.000	6.753.000
konijnen	2,8%	2,3%	2,6%	2,0%	207.400	2,04	2,36	2,00	2,03	454.000	433.000	421.000
knaagdieren	1,7%	2,1%	1,7%	1,9%	134.300	2,50	2,36	2,10	1,97	367.000	342.000	264.000
reptielen	0,6%	0,7%	0,7%	0,8%	58.000	3,29	7,17	2,80	8,25	288.000	295.500	478.000
paarden en pony's	1,4%	0,9%	1,4%	1,3%	115.900	2,00	2,08	2,10	1,84	193.500	207.500	214.000
pluimvee	2,9%	2,6%	2,7%	2,7%	217.800	8,79	7,23	7,40	6,84	1.773.000	1.574.000	1.491.000

Bron; Nederlanders en hun huisdieren Ipsos I&O rapport 2024/096

Juist die dieren (katten, honden, paarden, pony's, knaagdieren en konijnen) zijn gedomesticeerd en staan om die reden op de Positieflijst. Er zijn geen redenen om aan te nemen dat het welzijn van soorten die wel op de Positieflijst staan beter geborgd is dan dat van soorten die niet op de Positieflijst staan. Veel van de genoemde risico's, zoals klimaat en voedsel, maar ook gevaar worden niet door domesticatie voorkomen dan wel geminimaliseerd. Dibevo e.a. zijn zeker niet van mening dat gedomesticeerde dieren niet gehouden zouden kunnen worden, integendeel. Dibevo e.a. verzetten zich echter wel tegen de gedachte dat domesticatie een oplossing biedt voor alles.

4.3.3 Gevaar voor mensen

Wordt naar het gevaar voor de mens gekeken dan blijkt dat incidenten, waarbij mensen gewond raken, zelfs als gecorrigeerd wordt voor het gehouden aantal dieren, vooral plaatsvinden bij honden en paarden, beide soorten die – omdat het gedomesticeerde soorten betreft – op de Positieflijst staan.

Ook voor de volgende soorten geldt dat zij bij score op “gevaar voor de mens” (risicofactor LG2) zijn ingedeeld in risicoklasse F, maar vanwege domesticatie toch op de Positieflijst zijn geplaatst: Rund, Waterbuffel (gedomesticeerd), Kameel (gedomesticeerd), Hond, Geit (gedomesticeerd), Paard en Varken.²⁴

Er zijn geen redenen om aan te nemen dat de soorten die vanwege gevaar voor de mens niet op de Positieflijst zijn opgenomen in de huidige houderij een groter gevaar vormen voor de mens dan de soorten die er wel op staan. Cijfermateriaal dat dit ondersteunt ontbreekt.

Cijfers over de gevaren die gedomesticeerde zoogdieren opleveren voor de mens zijn er wel (zie de hierboven genoemde soorten afkomstig uit tabel VIII van “Zoogdieren beoordeeld”), maar worden

²⁴ Zie Tabel VIII: Lijst van gedomesticeerde populaties van diersoorten met hun eindscores in risicoklasse op p. 32 en 33 van het advies van het Adviescollege



“genegeerd” omdat de keuze gemaakt is gedomesticeerde dieren – sowieso – op de Positieflijst te plaatsen. Dus ook als deze scoren op – bijvoorbeeld – de risicofactor “letsel bij de mens” (LG2). Die score leidt bij niet gedomesticeerde dieren tot een indeling in de hoogste risicoklasse F, terwijl gedomesticeerde soorten, ondanks de risico’s voor letsel, op de Positieflijst geplaatst zijn.

Resumerend zijn er, volgens Dibevo e.a., geen redenen zijn om aan te nemen dat de zoogdieren die niet op de Positieflijst staan in de huidige houderij een groter gevaar voor de mens vormen dan de zoogdieren die er – uitsluitend vanwege hun domesticatie, niet vanwege het ontbreken van gevaar voor de mens – wél op staan.

4.3.4 Zoönosen

Wordt gekeken naar zoönosen dan geeft de jaarlijkse staat daarvan, uitgegeven door het RIVM (zie: <https://www.onehealth.nl/staat-van-zoonosen-2022>, geen aanleiding tot een verbod: de zoönosen, waar in de beoordeling naar verwezen wordt, blijken eigenlijk niet voor te komen, ondanks het feit dat de dieren op dit moment nog wel gehouden worden.

Een goed voorbeeld is het meest genoemde *Leptospira interrogans*. Daarover zegt de staat van zoönose 2022 het volgende:

De meeste patiënten die de infectie opliepen in Nederland werden besmet via oppervlaktewater en/of modder (n=34, 70%). Bij de minderheid vond de besmetting plaats door (in)direct contact met muizen/ratten (n=10, 20%). Bij vijf patiënten (10%) kon de meest waarschijnlijk besmettingsroute niet worden bepaald. Reisgerelateerde gevallen liepen de infectie op via modder en/of oppervlaktewater. Dit gebeurde voornamelijk in Zuidoost Azië (n=22 (55%), vooral Thailand (n=15), gevolgd door Zuid Amerika (n=6) of Centraal Amerika (n=6).

Hantaanvirus, een ander veelgenoemd probleem wordt niet vermeld in de staat van zoönosen.

Voor veel zoönosen waaronder hantaan en *Leptospira* geldt dat deze uitsluitend een probleem zijn bij wildvang (uit het wild gevangen dieren). Van (het risico van) zoönose is bij dieren die gehouden worden geen sprake vanwege het feit dat zij afkomstig zijn vanuit gevangenschap.

Ook voor bijvoorbeeld het Nipah virus bij vleermuizen zijn er op Europees niveau importvoorwaarden om import te voorkomen.

Resumerend zijn er dus geen redenen om aan te nemen dat soorten die niet op de Positieflijst staan een groter gevaar voor zoönosen (de gezondheid van de mens) vormen dan soorten die daar wel op staan.

4.3.5 Conclusies

Dibevo e.a. trekken uit het vorenstaande de conclusie dat de noodzaak/dwingende redenen van algemeen belang van een Positieflijst (die het vrije verkeer van goederen beperkt) niet is aangetoond en tenminste discutabel is.



19 van de 30 soorten die op de Positieflijst staan zijn gedomesticeerd. Van deze gedomesticeerde dieren zouden, uitgaande van factoren als “dierenwelzijn” en “gevaar voor de mens”, in ieder geval afval- len/niet op de Positieflijst zijn geplaatst:

- de hiervoor genoemde gedomesticeerde soorten uit tabel VIII van het advies van het Advies- college: Geit, Rund, Waterbuffel, Kameel, Varken, Hond en Paard

indien deze dieren beoordeeld zouden zijn conform de door WAP ontwikkelde en in casu toegepaste be- oordelingssystematiek.

U heeft dit – vanzelfsprekend – niet wenselijk gevonden en besloten gedomesticeerde dieren – als het ware – vrij te stellen van een beoordeling op basis van de beoordelingssystematiek.

Dibevo e.a. concluderen, gelet op het feit dat gedomesticeerde dieren zoals honden, katten, paarden e.d. niet op de Positieflijst geplaatst zouden zijn in geval van een beoordeling conform de beoordelings- systematiek, dat het onderzoek op basis waarvan de Positieflijst tot stand gekomen is niet voldoet aan de criteria die HvJ EU (en CBB) hebben ontwikkeld.

Uit de door Dibevo e.a. gegeven voorbeelden blijkt niet alleen dat dwingende redenen van algemeen belang ontbreken; de gehanteerde criteria zijn ook nog eens niet objectief, discriminerend en onge- schikt om het beoogde doel te bereiken. Gedomesticeerde dieren zoals honden, katten en paarden staan op de Positieflijst, maar bij een beoordeling conform de beoordelingssystematiek zouden ook deze dieren niet op de Positieflijst terecht gekomen zijn. Daaruit blijkt hoe ondeugdelijk de beoorde- lingssystematiek is; niet dat de gedomesticeerde dieren ook verboden zouden moeten worden.

Omdat:

- de noodzaak/dwingende redenen van algemeen belang voor een beperking van het vrije ver- keer van goederen (in de vorm van een Positieflijst) ontbreken; én
- (de vaststelling van) de Positieflijst strijdig is met de door HvJ EU geformuleerde (en door het CBB) overgenomen uitgangspunten, waaronder het vereiste dat deze criteria objectief, niet dis- criminerend en geschikt moeten zijn om het beoogde doel te bereiken,

kan het bestreden besluit niet in stand blijven.

4.4 Het vereiste “dierspecifieke” onderzoek ontbreekt

Ingevolge de hiervoor genoemde jurisprudentie van HvJ EU (en CBB) kunnen beperkende maatregelen (zoals het vaststellen van een Positieflijst) alleen tot stand komen na uitgebreid onderzoek van het ge- vaar dat het houden van de betrokken (lees: specifieke) soort inhoudt voor de gezondheid van de men- sen en dieren en het dierenwelzijn. Een dergelijk onderzoek is niet gedaan. Uw opdracht aan de WAP was, zoals toegelicht, een zeer beperkte, namelijk om in het advies met een sterk vereenvoudigd toet- singskader te komen.



Dit sterk vereenvoudigde toetsingskader houdt niet meer in dan (de ontwikkeling en) het gemotiveerd invullen van een voor elk zoogdier identiek (met ja/nee te beantwoorden) vinkjeslijst. Zie paragraaf 1 op blz. 5 van het advies van de WAP (citaat):

“De WAP heeft zich daarbij gericht op biologische kenmerken van diersoorten die, wetenschappelijk aantoonbaar, een beduidend gevaar zijn voor welzijn van dieren of voor de gezondheid van mens en dier. De beoordelingssystematiek is gebaseerd op het op een binaire schaal (ja/nee) vaststellen van risicofactoren van zoogdiersoorten (gerelateerd aan gevaren voor mensen en gevaren voor dieren) (Onderstrepingen: MB en IN).”

Het uitgebreide en specifieke onderzoek naar de te houden diersoort ontbreekt. Een bestudering van de diersoort en evaluatie van de te verwachten problemen op basis van die (dierspecifieke) informatie heeft, anders dan in 2017 bij het opstellen van de toenmalige Positieflijst, niet plaatsgevonden.

Bovendien heeft bij (de advisering over en) het vaststellen van de Positieflijst, mede gelet op de door u verstrekte beperkte opdracht, uitsluitend een gevareninventarisatie plaats gevonden. Een beoordeling van het risico op (onder meer) de blootstelling daaraan, zoals volgens het HvJ EU vereist is, heeft niet plaatsgevonden.

Dat de wetenschappelijke beoordeling die ten grondslag wordt gelegd aan een Positieflijst van dieren niet alleen bestaat uit het identificeren en karakteriseren van mogelijke gevaren, maar ook uit het beoordelen van (onder meer) het risico op blootstelling daaraan volgt onder meer uit het Alapharma-arrest waaruit Dibevo e.a. de volgende overwegingen in de punten 160 en 161 citeren:

“160 In een dergelijke context stemt het begrip „risico” dus overeen met de waarschijnlijkheid van negatieve gevolgen voor het door de rechtsorde beschermde goed ten gevolge van het gebruik van een product of procedé. Het begrip „gevaar” wordt in deze context gewoonlijk in een ruimere betekenis gebruikt en beschrijft elk product of procedé dat een negatief gevolg kan hebben voor de gezondheid van de mens (zie in dit verband op internationaal vlak de voorlopige mededeling van de commissie van de Codex Alimentarius van de Voedsel- en Landbouworganisatie van de Verenigde Naties en de WHO, CX 2/20, CL 1996/21-GEN, juni 1996).

161 In een context als de onderhavige heeft de beoordeling van de risico's dus tot doel, de waarschijnlijkheid van negatieve gevolgen van een bepaald product of procedé voor de gezondheid van de mens en de ernst van die potentiële gevolgen te beoordelen (Onderstreping: MB en IN).”

Omdat:

- uitgebreid en specifiek onderzoek naar de gevaren van het houden van de betrokken soorten ontbreekt bij het opstellen van de Positieflijst; én
- geen beoordeling op het risico van de blootstelling daaraan heeft plaatsgevonden,

kan dit besluit niet in stand blijven.



4.5 Beperkingen gaan verder dan noodzakelijk

4.5.1 Inleiding

Ingevolge een andere door HvJ EU (en CBB) gestelde voorwaarde mogen handelsbeperkingen (en belastende besluiten, waarover hierna meer) niet verder gaan dan noodzakelijk met het oog op het te bereiken doel.

4.5.2 Houderijmaatregelen: ten onrechte niet betrokken

De Positieflijst gaat verder dan met het oog op het te bereiken doel noodzakelijk: bij het bepalen van welke soorten wel en niet op de lijst geplaatst worden, is niet gekeken naar – bijvoorbeeld – kennis en kunde van de houder en het gemak waarmee voorzieningen getroffen kunnen worden en evenmin naar zogenaamde houderijmaatregelen. Vgl. in dat kader onderstaand citaat uit uw opdracht aan de WAP:

“De risico’s – los van de feitelijke motivatie, middelen, kennis en kunde van een houder – te beoordelen.

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.”

Vergelijk ook de volgende alinea’s uit hoofdstuk 7 van het advies van het Adviescollege (citaat):

“(…)

Het college realiseert zich dat bij de besluitvorming over de plaatsing van zoogdiersoorten op de huis- en hobbydierenlijst, naast de hier gepresenteerde wetenschappelijke fundamenteën, ook argumenten meewegen die betrekking hebben op het gemak waarmee aan de speciale eisen die voortvloeien uit de genoemde eigenschappen van de betreffende diersoort kan worden voldaan. Wat betreft de klimaateisen zou het bijvoorbeeld meestal gemakkelijker en goedkoper zijn om aan de eisen van een klein tropisch knaagdier te voldoen dan aan de eisen van een groot tropisch hoefdier.

Het adviescollege heeft bij de beoordeling van de afzonderlijke soorten echter nadrukkelijk geen oordeel gegeven over de aard en omvang van kennis, kunde, middelen en gemak waarmee voorzieningen die tegemoetkomen aan de verschillende risicofactoren zijn te realiseren (Onderstreping: MB en IN).”

Eenvoudige oplossingen en/of het gemak waarmee met voorzieningen aan de verschillende risicofactoren tegemoetgekomen kan worden, zijn ten onrechte niet in de beoordeling betrokken. Dat leidt tot discutabele resultaten. Een voorbeeld ter verduidelijking: De Russische dwerghamster staat niet op de Positieflijst omdat zij niet tegen het Nederlandse klimaat kan. Dat is echter geen probleem omdat de



soort, ingevolge “vaste houderijpraktijken”, uitsluitend in huis (dus niet buiten) gehouden wordt. Voor een nadere toelichting hierop wordt verwezen naar paragraaf 1.3.2.2.2 en bijlage 4.

Ook diverse houderijmaatregelen variërend van algemene voorschriften die iedere houder – als het ware – zelf kan bedenken en redelijkerwijs kan invullen (art. 1.4 Wet dieren ‘algemene zorgplicht’) tot houderijoplossing, bestaande uit specifieke houderijvoorschriften die worden verankerd in het Besluit houders van dieren die een specifieke kennis en kunde van de houder vergen zijn denkbaar, maar, in het kader van de Positieflijst niet onderzocht.

Dibevo e.a. zijn van mening dat door de houderijmaatregelen – bewust - niet in de beoordeling/bij het vaststellen van de Positieflijst te betrekken sprake is van beperkingen die verdergaan dan met het oog op het te bereiken doel noodzakelijk zijn.

4.5.3 Onverklaarbare verschillen tussen Positieflijsten 2024, 2015 en ontwerp-Positieflijst 2017

De hiervoor genoemde gebreken in (het advies toetsingskader, de beoordeling en) het besluit leiden tot niet te verklaren verschillen tussen de onderhavige Positieflijst, de Positieflijst uit 2015 en de ontwerp-Positieflijst 2017, dit terwijl bij het opstellen van alle lijsten het Andibel-arrest leidend is geweest/had moeten zijn.

Op deze verschillen zijn Dibevo e.a. reeds uitvoerig ingegaan in paragraaf 1.3.2 e.v. van dit bezwaarschrift. Ter voorkoming van herhalingen volstaan Dibevo e.a. met het verwijzen naar de voorbeelden die zij daar genoemd hebben en naar onder andere bijlagen 3 t/m 5.

De bijlagen 3 t/m 5 laten zien welke soorten – met medeneming van houderijmaatregelen – in 2015 en 2017, zonder voorwaarden, als houdbaar werden beschouwd en in 2024 – zonder beoordeling van houderijmaatregelen – als niet houdbaar worden beschouwd.

Onder verwijzing naar de in paragraaf 1.3.2 genoemde voorbeelden en bijlage 3 t/m 5 herhalen Dibevo e.a. dat, door de houderijmaatregelen geen onderdeel te laten zijn van de nieuwe beoordelingssystematiek, sprake is van een beperking van het vrije verkeer van goederen die verder gaat dan noodzakelijk met het oog op het te bereiken doel.

4.6 Conclusie

Resumerend zijn Dibevo e.a. van mening dat de Positieflijst ten onrechte het vrije verkeer van goederen beperkt:

- de noodzaak/dwingende redenen van algemeen belang ontbreken en zijn tenminste discutabel;
- voorzover die noodzaak/dwingende redenen er wel zouden zijn, berust de opstelling van de Positieflijst niet op objectieve en niet discriminerende criteria;



- deze Positieflijst is niet geschikt ter bereiking van het ermee beoogde doel (met name omdat het vereiste dierspecifieke onderzoek en een beoordeling van de blootstelling aan gevaren ontbreken); en/of
- deze Positieflijst gaat verder dan met het oog op dat doel noodzakelijk is (met name omdat geen rekening is gehouden met onder meer het gemak waarmee voorzieningen door redelijk denkende houders getroffen kunnen worden en met houderijmaatregelen).

5. Verzoek

Op grond van het vorenstaande verzoeken wij u namens Dibevo e.a. om het bezwaar gegrond te verklaren en de Positieflijst te herroepen. Voorts verzoeken wij u om de kosten die Dibevo e.a. voor het behandelen van het bezwaar redelijkerwijs hebben moeten maken te vergoeden op grond van het bepaalde in artikel 7:15, lid 2 Awb.

Hoogachtend,



M. Bekooy en I.E. Nauta



Schoemaker
ADVOCATEN

BIJLAGE 1

Tabel: Soorten die op grond van de Positieflijst 2017 houdbaar werden geacht zonder specifieke houderijmaatregelen en die niet op de Positieflijst 2024 zijn geplaatst

Aantal soorten	Soort (Latijn)	Soort (Nederlands)	2024 Risico klasse	Beoordeling houdbaarheid LICG ¹	2017 Risico klasse	2017 Positieflijst
1	<i>Acomys cahirinus</i>	Egyptische stekelmuis	D	Geen specifieke ervaring nodig, wel inlezen	D	ZV ²
2	<i>Acomys dimidiatus</i>	Sinaïstekelmuis	D	Geen specifieke ervaring nodig, wel inlezen	D	ZV
3	<i>Acomys russatus</i>	Gouden stekelmuis	D	Geen specifieke ervaring nodig, wel inlezen	D	ZV
4	<i>Acomys spinosissimus</i>	Dwergstekelmuis	D	Geen specifieke ervaring nodig, wel inlezen	D	ZV
5	<i>Ammotragus lervia</i>	Manenschaap	F		D	ZV
6	<i>Apodemus sylvaticus</i>	Bosmuis	F		D	ZV
7	<i>Arvicanthis neumanni</i>	Tanzaniaanse grasrat	F		D	ZV
8	<i>Arvicanthis niloticus</i>	Koesoegrasrat	F		D	ZV
9	<i>Atelerix albiventris</i>	Witbuikegel	D	Geen specifieke ervaring nodig wel rekening houden met speciale eisen	D	ZV
10	<i>Atelerix frontalis</i>	Zuid-Afrikaanse egel	D		D	ZV
11	<i>Atelerix sclareti</i>	Somalische egel	D		D	ZV
12	<i>Bettongia lesueur</i>	Lesueurborstelstaart kangoeroerat	E		D	ZV
13	<i>Bettongia penicillata</i>	Borstelstaart-kangoeroerat	D		D	ZV
14	<i>Callosciurus finlaysonii</i>	Finlaysonklapper eekhoorn	E		D	ZV
15	<i>Callosciurus notatus</i>	Zwartneus klappereekhoorn	E		D	ZV
16	<i>Callosciurus prevostii</i>	Driekleureekhoorn	E		D	ZV
17	<i>Calomyscus bailwardi</i>	Turkmeense muis hamster	D		D	ZV
18	<i>Camelus dromedarius</i>	Dromedaris	F		D	ZV
19	<i>Capricornis crispus</i>	Japanse bosgems	F		D	ZV
20	<i>Capricornis sumatraensis</i>	Sumatraanse bosgems	F		D	ZV
21	<i>Cavia aperea</i>	Cavia (wild)	D		D	ZV
22	<i>Cavia magna</i>	Moeras cavia	D		D	ZV
23	<i>Chinchilla lanigera</i>	Chinchilla	E	Enige ervaring nodig	D	ZV

¹ Het Landelijke Informatie Centrum Gezeldschapsdieren (LICG) heeft alleen veel gehouden soorten beoordeeld en dus niet alle soorten als opgenomen in onderhavige tabel. Voor zover het LICG die beoordeling heeft gemaakt, wordt dat vermeld in de betreffende kolom

² ZV = plaatsing zonder vereiste van specifieke houderijvoorschriften

Aantal soorten	Soort (Latijn)	Soort (Nederlands)	2024 Risico klasse	Beoordeling houdbaarheid LICG ¹	2017 Risico klasse	2017 Positieflijst
24	<i>Cricetomys gambianus</i>	Gambia hamsterrat	D		D	ZV
25	<i>Dasyprocta azarae</i>	Azara agoeti	E		D	ZV
26	<i>Dasyprocta leporina</i>	Goudhaas	E		D	ZV
27	<i>Dasyprocta prymnolopha</i>	Zwartrugagoeti	E		D	ZV
28	<i>Dasyprocta punctata</i>	Midden-Amerikaanse agoeti	E		D	ZV
29	<i>Dasytus novemcinctus</i>	Negenbandgordeldier	E		D	ZV
30	<i>Didelphis albiventris</i>	Zuid-Amerikaanse opossum	D		D	ZV
31	<i>Dipodillus dasyurus</i>	Wagners gerbil	D		D	ZV
32	<i>Dolichotis patagonum</i>	Mara	E		D	ZV
33	<i>Dolichotis salinicola</i>	Kleine mara	E		D	ZV
34	<i>Dremomys pernyi</i>	Perny eekhoorn	E		D	ZV
35	<i>Echinops telfairi</i>	Kleine egeltenrek	D		D	ZV
36	<i>Funambulus pennantii</i>	Vijfstrepigepalm eekhoorn	E		D	ZV
37	<i>Gerbillus cheesmani</i>	Cheesman's gerbil	D	Ervaring met knaagdieren gewenst	D	ZV
38	<i>Gerbillus gerbillus</i>	Kleine Egyptische renmuis	D	Ervaring met knaagdieren gewenst	D	ZV
39	<i>Glis glis</i>	Relmuis	F		D	ZV
40	<i>Hemiechinus auritis</i>	Grootooregel	D		D	ZV
41	<i>Hemitragus jemlahicus</i>	Himalaya thargeit	F		D	ZV
42	<i>Kerodon rupestris</i>	Rotsmoko	E		D	ZV
43	<i>Lagurus lagurus</i>	Steppelemming	E	Geen specifieke ervaring nodig, wel inlezen	D	ZV
44	<i>Lama guanicoe</i>	Guanaco	F		D	ZV
45	<i>Lasiopodomys brandtii</i>	Steppewoel muis	E		D	ZV
46	<i>Lemniscomys barbarus</i>	Grasmuis (Barbarus groep)	D	Ervaring met muizen gewenst	D	ZV
47	<i>Lemniscomys striatus</i>	Gestreepte grasmuis	D	Ervaring met muizen gewenst	D	ZV
48	<i>Macropus parma</i>	Parmawallaby	E	Niet aangeraden voor beginnende huisdierhouders	D	ZV
49	<i>Macropus robustus</i>	Bergkangoeroe	F		D	ZV
50	<i>Macropus rufogriseus</i>	Bennetwallaby	E	Niet aangeraden voor beginnende huisdierhouders	D	ZV
51	<i>Mastomys natalensis</i>	Veeltepel muis	F		D	ZV
52	<i>Merianes tristrami</i>	Tristram's gerbil	D		D	ZV
53	<i>Meriones crassus</i>	Sundevalls gerbil	D		D	ZV
54	<i>Meriones persicus</i>	Perzische woestijnmuis	E	geen specifieke ervaring nodig	D	ZV

Aantal soorten	Soort (Latijn)	Soort (Nederlands)	2024 Risico klasse	Beoordeling houdbaarheid LICG ¹	2017 Risico klasse	2017 Positieflijst
55	Meriones shawii	Shawi gerbil	E		D	ZV
56	Micromys minutus	Europese dwergmuis	F		D	ZV
57	Microtus arvalis	Veldmuis	D		D	ZV
58	Microtus fortis	Chinese woelmuis	E		D	ZV
59	Microtus guentheri	Mediterrane woelmuis	E	Geen specifieke ervaring nodig, wel inlezen	D	ZV
60	Monodelphis domestica	Kortstaartopossum	D	Geen specifieke ervaring nodig wel rekening houden met speciale eisen	D	ZV
61	Mus minutoides	Afrikaanse dwergmuis	D	geen specifieke ervaring nodig	D	ZV
62	Octodon degus	Degoe	E	Geen specifieke ervaring nodig, ervaring met knaagdieren gewenst	D	ZV
63	Ovis ammon	Argali	F		D	ZV
64	Ovis orientalis	Moeflon	F		D	ZV
65	Pachyuromys duprasi	Vetstaartgerbil	D	Geen specifieke ervaring nodig, ervaring met knaagdieren gewenst	E	ZV
66	Pedetes capensis	Zuid-Afrikaanse springhaas	D		D	ZV
67	Peromyscus eremicus	Cactusmuis	F		E	ZV
68	Peromyscus leucopus	Witvoetmuis	F		E	ZV
69	Peromyscus polionotus	Strandmuis	F		E	ZV
70	Phodopus campbelli	Campbell's dwerghamster	D	geen specifieke ervaring nodig	E	ZV
71	Phodopus roborovskii	Woestijndwerghamster, Roborovski dwerghamster	D	geen specifieke ervaring nodig	E	ZV
72	Phodopus sungorus	Russische dwerghamster	D	geen specifieke ervaring nodig	E	ZV
73	Procavia capensis	Rots klipdas	E		D	ZV
74	Psammomys obesus	Vette zandrat	E		D	ZV
75	Pseudois nayaur	Blauwschaap	F		D	ZV
76	Rattus rattus	Zwarte rat	F		D	ZV
77	Rhabdomys pumilio	Streepmuis	F		D	ZV
78	Sciurotamias davidianus	Chinese rotseekhoorn	E		D	ZV
79	Sciurus lis	Japanse eekhoorn	E		D	ZV
80	Sciurus variegatoides	Grote gevlekte boomeekhoorn	D		D	ZV
81	Sekeetamys calurus	Pluimstaartgerbil	D		D	ZV
82	Sigmodon hispidus	Katoen rat	F		D	ZV

Aantal soorten	Soort (Latijn)	Soort (Nederlands)	2024 Risico klasse	Beoordeling houdbaarheid LICG ¹	2017 Risico klasse	2017 Positieflijst
83	<i>Spermophilus variegatus</i>	Rots grondeekhoorn	F		D	ZV
84	<i>Suncus murinus</i>	Muskusspitsmuis	E		D	ZV
85	<i>Synaptomys borealis</i>	Moeraslemming	E		D	ZV
86	<i>Tamias striatus</i>	Oostelijke wangzak eekhoorn	D		D	ZV
87	<i>Tamiasciurus hudsonicus</i>	Hudson eekhoorn	E		D	ZV
88	<i>Tamiops mccllellandii</i>	Thaise dwergs treepeekhoorn	E		D	ZV
89	<i>Tamiops swinhoei</i>	Chinese gestreepte boomeekhoorn	E		D	ZV
90	<i>Thallomys paedulus</i>	Acaciarat	E		D	ZV
91	<i>Vicugna vicugna</i>	Vicuna	F		D	ZV
92	<i>Vulpes zerda</i>	Fennek, Woestijnvos	E		D	ZV



Schoemaker
ADVOCATEN

BIJLAGE 2

Tabel: Soorten die op de Positieflijst 2017 zijn geplaatst vanwege de indeling in de laagste risicocategorie (E) en die niet op de Positieflijst 2024 zijn geplaatst vanwege een indeling in een te hoge risicoklasse (D of F)

Aantal soorten	Soort (Latijn)	Soort (Nederlands)	2024 Risico klasse	Beoordeling houdbaarheid LICG ¹	2017 Risico klasse	2017 positieflijst
1	<i>Pachyuromys duprasi</i>	Vetstaartgerbil	D	Geen specifieke ervaring nodig, ervaring met knaagdieren gewenst	E	ZV ²
2	<i>Peromyscus eremicus</i>	Cactusmuis	F		E	ZV
3	<i>Peromyscus leucopus</i>	Witvoetmuis	F		E	ZV
4	<i>Peromyscus polionotus</i>	Strandmuis	F		E	ZV
5	<i>Phodopus campbelli</i>	Campbell's dwerghamster	D	Geen specifieke ervaring nodig	E	ZV
6	<i>Phodopus roborovskii</i>	Woestijndwerghamster, Roborovski dwerghamster	D	Geen specifieke ervaring nodig	E	ZV
7	<i>Phodopus sungorus</i>	Russische dwerghamster	D	Geen specifieke ervaring nodig	E	ZV

¹ Het Landelijke Informatie Centrum Gezelschapsgedieren (LICG) heeft alleen veel gehouden soorten beoordeeld en dus niet alle soorten als opgenomen in onderhavige tabel. Voor zover het LICG die beoordeling heeft gemaakt, wordt dat vermeld in de betreffende kolom

² ZV = plaatsing zonder specifieke houderijvoorschriften



Schoemaker
ADVOCATEN

BIJLAGE 3

Tabel: voorbeelden houderijmaatregelen en haalbaarheid

LETSEL/GEZONDHEID MENS		Houderijmaatregel	Haalbaarheid
LG1	Diersoort brengt een gevaar met zich mee voor zoönosen, die bij de mens leiden tot sterfte of chronische infecties en/of vermoeidheid met blijvende beperking in het dagelijkse leven tot gevolg.	Basisregels mbt hygiëne toepassen. Voor soorten waarvoor het risico met name optreed bij wildvang, geen wildvang houden	Vraagt wel een inspanning maar is goed realiseerbaar. Voor de import van zoogdieren in de EU is het nu al verplicht dat de dieren afkomstig zijn uit nakweek of minimaal 6 maanden gecontroleerd in gevangenschap gehouden zijn (verordening 2020/692). Het houden van uit wildvang afkomstige Europese zoogdieren is voor de meeste soorten op dit moment al verboden op grond van de natuurbeschermingsregelgeving
LG2	Diersoort brengt een gevaar met zich mee op letselschade, waarbij spoedeisende en/of langdurige medische hulp is vereist voor de gevolgen van bijten, stoten, schoppen, prikken of krabben (botbreuken, hersenletsel, inwendig trauma, verminkend bijtrauma) met blijvende beperking in het dagelijks leven of sterfte tot gevolg.	Dieren habitueren (wennen) aan de omgang met mensen. Dieren in bepaalde periodes uitsluitend hands-off verzorgen Dieren uitsluitend hands-off verzorgen. Overigens de soorten waarbij per dier het meeste (ernstige) ongevallen plaatsvinden zijn paarden, honden en runderen.	Habituatie is een proces dat vanzelf optreedt bij het verzorgen van dieren. Hierbij moet worden opgemerkt dat bij bepaalde klassen, met name carnivora, omgang met een dier dat niet bang is voor mensen juist meer risico met zich mee kan brengen. Hands-off verzorgen vraagt vooral eenmalige voorzieningen zoals schuifhekken en isolatiemogelijkheden. Het is realiseerbaar maar vraagt inspanning.
VOEDSELOPNAME		Houderijmaatregel	Haalbaarheid
V1	Diersoort is een herbivore browser met als gevaar bij het niet voldoen aan de essentiële voedingseisen van de soort het ontstaan van vitaminen- en mineralendeficiënties, maagdarmproblemen, 'slijten' en uiteindelijk sterfte of vergelijkbare gevolgen.	Geschikt voedsel voor herbivore browsers aanbieden. Voor veel soorten herbivore browsers zoals veel hertachtigen, maar ook andere bladeters is een kant en klaar geschikt voermengsel beschikbaar.	Voor de meeste soorten eenvoudig realiseerbaar met commercieel goed beschikbare middelen
V2	Diersoort is een herbivoor met een hypsodont of hypsolodont gebit met als gevaar dat bij onvoldoende abrasieve slijtage gebitsafwijkingen ontstaan als malocclusie, doorgegroeide kiezen, verminderde voeropname, conditievermindering en uiteindelijk sterfte of vergelijkbare gevolgen.	Geschikt (voldoende abrasief) voedsel aanbieden. Voor veel soorten zoals veel hertachtigen, veel knaagdieren en kangoeroe's is een kant en klaar geschikt voermengsel beschikbaar.	Voor de meeste soorten eenvoudig realiseerbaar met commercieel goed beschikbare middelen
V3	Diersoort moet dagelijks langdurig foerageren, inclusief zoeken naar en/of verstoppen van voedsel in de grond (graven) met als gevaar het	Grazers moeten dagelijks langdurig foerageren, dit is in de houderij echter geen probleem omdat de	Grazers in weides houden is eenvoudig te realiseren.

	<p>ontstaan van stereotiep of beschadigend gedrag of vergelijkbare gevolgen als foeragegedrag niet of onvoldoende tot expressie kan komen. Veel diersoorten zijn bijvoorbeeld aangepast aan een voedselarme omgeving of een moeilijk verteerbaar dieet. Overmaat aan voedsel of makkelijker verteerbaar voedsel kan bij deze diersoorten leiden tot gedragsmatige en fysiologische problemen.</p>	<p>dieren ook als weidedieren gehouden worden.</p> <p>Er is zeker een kleine groep soorten (zoals de ijsbeer) die een gedragsmatige behoefte hebben tot foerageren en waarbij de beschreven problemen kunnen optreden. Voor de meeste soorten speelt dit probleem echter niet.</p> <p>Voor veel soorten is commercieel geschikt voedsel beschikbaar, evenals voldoende kennis mbt de dosering.</p>	<p>Voor de soorten die gedragsmatig afhankelijk zijn van foerageren dient het voer verstopt of bijvoorbeeld in voerpuzzels te worden aangeboden. Dit is te realiseren maar vraagt wel een blijvende inspanning van de houder.</p> <p>Commercieel beschikbaar voedsel op de juiste wijze doseren, vraagt een dagelijkse aandacht maar is eenvoudig te realiseren.</p> <p>Veel gedomesticeerde soorten vallen onder dit risico.</p>
V4	<p>Diersoort is volledig afhankelijk van een nauwe bandbreedte aan voedingsmiddelen (monofaag, extreme voedselspecialist) met als gevaar het ontstaan van maagdarfstoornissen, voedingsdeficiënties, cachexie (extreme magerheid) en uiteindelijk sterfte indien niet voldaan wordt aan de voedingseisen van deze diersoort.</p>	<p>Geschikt voedsel aanbieden.</p>	<p>Voor een groot aantal voedselspecialisten is een commerciële voeding beschikbaar.</p> <p>Voor andere soorten zal op basis van beschikbare ingrediënten een voeding samengesteld moeten worden. Dit vraagt wat meer inspanning van de houder.</p> <p>Voedselspecialisten waarvoor geen geschikt voedsel eenvoudig verkrijgbaar, of waarvan de voedingsbehoefte onvoldoende bekend is, moeten beschouwd worden als niet houdbaar voor particulieren.</p>
<p>RUIMTEGEBRUIK / VEILIGHEID DIER</p>			
R1	<p>Diersoort trekt rond in zijn home range en/of stelt zijn territorium veilig met als gevaar het ontstaan van stereotiep gedrag of vergelijkbare gevolgen indien dit gedrag niet of onvoldoende tot expressie kan komen.</p>	<p>Voldoende groot en goed gestructureerd verblijf aanbieden. Met zichtbarrières en structuurelementen</p>	<p>Vraagt bij grotere actieve dieren een aanzienlijke inspanning. Deze is echter wel eenmalig.</p>
R2	<p>Diersoort gebruikt afgezonderde nestplaats (altricial) met bij het ontbreken ervan als gevaar sterfte van de jongen, agressief of stereotiep gedrag of vergelijkbare gevolgen. Ook een beschutte verstopplaats voor de jongen valt onder dit risico.</p>	<p>Nesthok en of beschutte plekken aanbieden in het verblijf</p>	<p>Eenvoudig realiseerbaar</p>
R3	<p>Diersoort hanteert vluchten als primaire overlevingsstrategie met bij verstoring als gevaar capture myopathie (spierschade als gevolg van extreme inspanning, strijd of stress), trauma, botbreuken en sterfte of vergelijkbare gevolgen.</p>	<p>Uit onderzoek blijkt dat gehouden dieren snel habitueren aan verstoringen (zie PVH onderzoek Muntjak). Dit geldt niet voor het vangen van de dieren. Hiervoor zullen voorzieningen gemaakt moeten worden zoals afsluitbare binnenverblijven en of vangkooien.</p>	<p>Habituatie is een natuurlijk proces. Het is wel belangrijk dat het verblijf zodanig is ingericht dat het dier zich zeker tijdens de gewenningsperiode terug kan trekken.</p> <p>De mogelijkheden voor het veilig vangen van de dieren zijn ondermeer afhankelijk van de</p>

		Vangen zal moeten gebeuren door ervaren mensen	grootte van het dier, de grootte van het verblijf en het feit of een binnenhok gebruikt wordt.
R4	Diersoort gebruikt uitsluitend zelfgegraven holen of diepe kuilen/ eigengemaakt nest met bij gebrek aan graafmogelijkheden als gevaar het ontstaan van graafstereotypieën of vergelijkbare gevolgen.	Aanbieden van graafmogelijkheden.	Voor kleine soorten (kleine knagers) is dit eenvoudig te realiseren door een graafbaar substraat aan te bieden. Voor grotere soorten vraagt dit meer inspanning.
R5	Diersoort is niet strikt terrestrisch (leeft in bomen, in water, in de lucht) met bij een tekort aan mogelijkheden om elders dan op het land te verblijven als gevaar het ontstaan van stereotypieën, persistente constipatie of sterfte.	Aanbieden van verblijf met water voor soorten die ook in het water leven, klimmogelijkheden voor soorten die klimmen enz.	Haalbaarheid afhankelijk van de grootte en de specifieke behoeftes; Voor kleine klimmende soorten zeer eenvoudig te realiseren, voor tropische soorten die water nodig hebben wat minder eenvoudig.
THERMOREGULATIE			
T1	Diersoort is niet aangepast aan een gematigd zeeklimaat met als gevaar het ontstaan van hypothermie of hyperthermie, luchtwegaandoeningen, een toegenomen vatbaarheid voor ziekten en sterfte.	Voor kleine soorten die in huis gehouden worden is dit geen enkel probleem omdat ze niet blootgesteld worden aan een gematigd zeeklimaat. Voor grotere soorten die buitenshuis gehouden worden zijn voorzieningen zoals een vorstvrije of verwarmde stal noodzakelijk	Voor kleine soorten die in huis gehouden worden; zeer goed haalbaar omdat geen enkel voorziening gevraagd wordt. Voor grotere soorten gaat het om een eenmalige inspanning.
T2	Diersoort gebruikt koel- en/of zoelplaatsen of opwarmplaatsen met bij het ontbreken ervan als gevaar het ontstaan van hypothermie of hyperthermie, een toegenomen vatbaarheid voor ziekten en sterfte.	Koel en of zoelplaatsen en of opwarmplaatsen aanbieden.	Koelplaats. Voor zover dit bestaat uit een schaduwplek dan wel een ondergrondse koele schuilplek redelijk eenvoudig te realiseren. Indien airconditionig nodig is realiseerbaar maar vraagt meer aandacht. Zoelplaats (vochtige plek met modder) Realiseerbaar maar vraagt wel blijvende aandacht om te voorkomen dat de plek niet opdroogt of vervuult. Opwarmplek eenvoudig te realiseren met warmtestralers of een goede inrichting van het verblijf
T3	Diersoort houdt winterslaap (niet facultatief, niet te verwarren met winterrust) met bij verstoring daarvan als gevaar stofwisselingsproblemen, sterfte.	Niet verstoren tijdens de winterrust	Op zich makkelijk realiseerbaar, maar vraagt wel deskundigheid bij de houder.
SOCIAAL GEDRAG			
S1	Diersoort heeft een paarsgewijze, monogame leefwijze met als gevaar het ontstaan van agressie, onderlinge gevechten, stress-gerelateerde ziektes en sterfte of vergelijkbare gevolgen indien deze leefwijze niet wordt gerespecteerd.	Diersoort paarsgewijs houden	Eenvoudig realiseerbaar
S2	Diersoort heeft een lineaire of despotische dominantie hiërarchie	Diersoort paarsgewijs of in geschikte groepen houden.	Voor die soorten die paarsgewijs gehouden kunnen worden zeer

	met als gevaar het ontstaan van agressie, onderlinge gevechten, stress-gerelateerde ziektes en sterfte of vergelijkbare gevolgen indien deze leefwijze niet wordt gerespecteerd.	Soorten houden in harem en bachelorgroepen	eenvoudig. Harengroepen zijn ook zeer eenvoudig, de haalbaarheid van bachelorgroepen is afhankelijk van de specifieke soort.
S3	Diersoort plant zich snel voort met als gevaar overpopulatie en het ontstaan van agressie, onderlinge gevechten, stress-gerelateerde ziektes en sterfte indien de diersoort onvoldoende ruimte heeft.	Goed populatiemanagement. Voor veel soorten is het bijvoorbeeld mogelijk de dieren in single seks groepen te houden.	Single seks groepen kunnen uiteenlopen van zeer eenvoudig tot zeer moeilijk (vooral mannengroepen).



Schoemaker
ADVOCATEN

BIJLAGE 4

Tabel: soorten tot 4 kilo die bij de beoordeling met behulp van de beoordelingssystematiek voor de Positieflijst 2024 scoren op risicofactor T1 en daardoor niet op de Positieflijst 2024 zijn geplaatst

Aantal soorten	Soort (Latijn)	Soort (Nederlands)
1	<i>Acomys cahirinus</i>	Egyptische stekelmuis
2	<i>Acomys dimidiatus</i>	Sinaïstekelmuis
3	<i>Acomys russatus</i>	Gouden stekelmuis
4	<i>Acomys spinosissimus</i>	Dwergstekelmuis
5	<i>Allactaga sibirica</i>	Siberische paardenspringmuis
6	<i>Allactaga tetradactylus</i>	Vierteenrenmuis
7	<i>Atelerix albiventris</i>	Witbuikegel
8	<i>Atelerix frontalis</i>	Zuid-Afrikaanse egel
9	<i>Atelerix sclareti</i>	Somalische egel
10	<i>Bettongia penicillata</i>	Borstelstaartkangoeroerat
11	<i>Calomyscus bailwardi</i>	Turkmeense muis hamster
12	<i>Cavia aperea</i>	Cavia (wild)
13	<i>Cavia magna</i>	Moeras cavia
14	<i>Chaetophractus vellerosus</i>	Klein behaard gordeldier
15	<i>Chaetophractus villosus</i>	Bruinbehaardgordeldier
16	<i>Cricetomys gambianus</i>	Gambia hamsterrat
17	<i>Dactylopsila trivirgata</i>	Gestreepte buideleekhoorn
18	<i>Didelphis albiventris</i>	Zuid-Amerikaanse opossum
19	<i>Dipodillus dasyurus</i>	Wagners gerbil

20	<i>Echinops telfairi</i>	Kleine egeltenrek
21	<i>Euchoreutes naso</i>	Grootoorspringmuis
22	<i>Felis margarita</i>	Woestijnkat
23	<i>Gerbillus aquilus</i>	Swarthy gerbil
24	<i>Gerbillus cheesmani</i>	Cheesman's gerbil
25	<i>Gerbillus gerbillus</i>	Kleine Egyptische renmuis
26	<i>Hemicentetes nigriceps</i>	Zwartkop tenrek
27	<i>Hemiechinus auritis</i>	Grootooregel
28	<i>Jaculus orientalis</i>	Reuzenwoestijnspringmuis
29	<i>Lemniscomys barbarus</i>	Grasmuis (Barbarus groep)
30	<i>Lemniscomys bellieri</i>	Grasmuis (Bellieri groep)
31	<i>Lemniscomys griselda</i>	Grasmuis (Griselda groep)
32	<i>Lemniscomys striatus</i>	Gestreepte grasmuis
33	<i>Merianes tristrami</i>	Tristram's gerbil
34	<i>Meriones crassus</i>	Sundevalls gerbil
35	<i>Monodelphis domestica</i>	Kortstaartopossum
36	<i>Mus minutoides</i>	Afrikaanse dwergmuis
37	<i>Pachyuromys duprasi</i>	Vetstaartgerbil
38	<i>Pedetes capensis</i>	Zuid-Afrikaanse springhaas
39	<i>Phloeomys pallidus</i>	Nevelrat
40	<i>Phodopus campbelli</i>	Campbell's dwerghamster
41	<i>Phodopus roborovskii</i>	Woestijndwerghamster, Roborovski dwerghamster

42	<i>Phodopus sungorus</i>	Russische dwerghamster
43	<i>Sciurus variegatoides</i>	Grote gevlekte boomeekhoorn
44	<i>Sekeetamys calurus</i>	Pluimstaartgerbil
45	<i>Setifer setosus</i>	Grote egeltenrek
46	<i>Tamias striatus</i>	Oostelijke wangzak eekhoorn
47	<i>Tenrec ecaudatus</i>	Gewone tenrek
48	<i>Tolypeutes matacus</i>	Kogelgordeldier



Schoemaker
ADVOCATEN

BIJLAGE 5

Tabel: Voorbeelden van herbivore browsers (soorten) waarvoor specifiek en geschikt voedsel op de markt voorhanden is

Aantal dieren	Naam (Latijn)	Naam (Nederlands)	Voorbeeld commercieel verkrijgbaar speciaalvoer
1	<i>Antilocapra americana</i>	Gaffelbok	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
2	<i>Blastocerus dichotomus</i>	Moerashert	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
3	<i>Bradypus tridactylus</i>	Drievingerige luiaard	DK leafeater
4	<i>Capra walie</i>	Waliasteenbok	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
5	<i>Capreolus capreolus</i>	Ree	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
6	<i>Capricornis crispus</i>	Japanse bosgems	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers)
7	<i>Capricornis sumatraensis</i>	Sumatraanse bosgems	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
8	<i>Choloepus didactylus</i>	Tweevingerige luiaard	DK leafeater
9	<i>Elaphodus cephalophus</i>	Kuifhert	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
10	<i>Hydropotes inermis</i>	Chinese waterree	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
11	<i>Macropus fuliginosus</i>	Westelijke grijze reuzen kangoeroe	Kangoeroebroek
12	<i>Macropus giganteus</i>	Oostelijke grijze reuzenkangoeroe	Kangoeroebroek
13	<i>Macropus parma</i>	Parmawallaby	Kangoeroebroek
14	<i>Macropus robustus</i>	Bergkangoeroe	Kangoeroebroek
15	<i>Macropus rufogriseus</i>	Bennetwallaby	Kangoeroebroek
16	<i>Macropus rufus</i>	Rode reuzenkangoeroe	Kangoeroebroek
17	<i>Muntiacus muntjak</i>	Indische muntjak	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
18	<i>Nanger granti</i>	Grantgazelle	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)

19	<i>Neotragus pygmaeus</i>	Dwergantilope	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
20	<i>Odocoileus hemionus</i>	Muieldierhert	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
21	<i>Odocoileus virginianus</i>	Witstaarthert	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
22	<i>Rangifer tarandus</i>	Rendier	Rendierbrok evt in combinatie met rendiermos en browserbrok/ gedroogd blad
23	<i>Tapirus terrestris</i>	Laaglandtapir	Tapirbrok
24	<i>Taurotragus derbianus</i>	Reuzenelandantilope	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
25	<i>Tetracerus quadricornis</i>	Vierhoornantilope	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
26	<i>Thylogale thetis</i>	Roodhalspademelon	Kangoeroebroek
27	<i>Tragelaphus buxtoni</i>	Bergnyala	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
28	<i>Tragelaphus imberbis</i>	Kleine koedoe	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
29	<i>Tragelaphus scriptus</i>	Bosbok	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
30	<i>Tragelaphus strepsiceros</i>	Grote koedoe	Boskos browser evt icm Boskos grazer (intermediate browsers) icm dried browse mulch en of diverse bladeren (gedroogd)
31	<i>Wallabia bicolor</i>	Moeraswallaby	Kangoeroebroek



Schoemaker
ADVOCATEN

BIJLAGE 6

**Expert opinion on the legal admissibility of the
introduction of a national positive list for pet animals
with special consideration of constitutional and European
law aspects**

submitted by
Prof. Dr. Dr. Tade M. Spranger

on behalf of the
Zentralverband Zoologischer Fachbetriebe Deutschlands e.V.
(ZZF)

Bonn, June 2023

Table of Contents

I. Background to the Statement	8
II. International Law	8
1. Functioning of international law	9
2. International law on animal keeping	9
a. Pet Convention	10
b. Objectives of the Pet Convention	11
aa. Setting the Course of the Preamble	12
bb. Interim result: Protection of the rights of keepers and traders	15
cc. Further developments in the provisions of the Convention	16
dd. Interim result	19
c. The figure of strengthening protection	20
aa. The Effect of Strengthened Protections in International Law	21

bb. In particular: The effect of the prohibition of reservation according to Art. 21 para. 1 sentence 2	25
cc. The intention of the creators of the Convention: Restriction of Art. 2 para. 3 to guard dogs and the Like	26
d. Interim result	28
III. European law	29
1. Fundamental freedoms	29
a. Free movement of goods	30
aa. Positive list as a measure of equivalent effect	31
bb. Possible justifications	31
aaa. View of the advocates of a positive list	32
bbb. Grounds for justification according to Art. 36 TFEU	37
(1) Public security and order	37
(2) Protection of health and human life	38
(3) Protection of animal health and life	41
(a) Interim result	42
(b) The ECJ and the "Belgian positive list"	43

(c) Interim results	59
(4) Environmental protection and biodiversity	61
b. Other Fundamental Freedoms	68
aa. Freedom to provide services	69
bb. Freedom of movement of capital	70
2. Charter of Fundamental Rights	70
3. Supplementary: Union positive list?	71
a. Lack of legislative competence for animal welfare	71
aa. In particular: Regulation (EC) No. 338/97 in the light of Art. 193 TFEU	73
bb. On the limitations of the strengthening of protection within the meaning of Article 193 TFEU	75
aaa. Restriction to specific environmental protection objectives	78
bbb. Absence of a legal act to be strengthened	79
(1) Union law	80
(2) Obligations of the Union under international law	80
(3) Interim result	81
ccc. Prohibition of alternative protection concepts	82

(1) Everyman-based pet focus as an impermissible alternative conception of protection	85
(2) Positive list approach as an inadmissible alternative concept of protection	86
ddd. Compatibility with the Treaties	88
eee. Other: Notification requirement and breach of contract	88
fff. Interim result	89
b. No internal market harmonisation	90
aa. No analogy to the seal trade case-law	91
bb. Preliminary: internal market and commodity quality of animals	94
cc. No "indignation of consumers and governments"	96
dd. No risk of confusion	97
ee. No internal market focus	98
ff. Interim result	102
c. Binding to fundamental freedoms and rights	102
aa. Professional freedom	103
bb. Guarantee of Property	105

cc. Protection against Discrimination	108
IV. Constitutional law	109
1. Constitutional requirement for action under Article 20a of the Basic Law	109
2. Freedom of occupation under Article 12 para. 1 of the Basic Law	112
a. On the scope of protection of professional freedom	114
b. The tendency to regulate professions	118
aa. On the existence of a tendency to regulate the profession	120
bb. Interim result	122
cc. On the figure of foreseeable serious impairments	122
c. On the " step doctrine" of the Federal Constitutional Court	124
d. Interim result	126
3. General freedom of action under Article 2 para. 1 of the Basic Law	126
4. Principle of proportionality	130
a. Legitimate purpose	130

b. Suitability	131
c. Necessity	134
aa. On the "reactive character" of negative lists	136
bb. On the lack of scientific data	138
cc. The length / enforceability of a negative list	140
dd. The need to update negative lists	142
d. Adequacy	142
ee. Interim result	142
5. Other constitutional rights omitted from the Discussion	145
a. Property guarantee under Article 14 para. 1 of the Basic Law	145
b. General right of personality under Article 2 para. 1 of the Basic Law in conjunction with Article 1 para. 1 of the Basic Law	146
c. Prohibition of arbitrariness under Article 3 para. 1 of the Basic Law	147
V. Summary of the main results	148

I. Background to the Statement

The keeping of pets in Germany enjoys - as far as can be seen: undisputed - constitutional protection. The European Convention for the Protection of Pets of 1987 (hereinafter: Pets Convention)¹ defines in Article 1 (1) a pet as " any animal kept or intended to be kept by man in particular in his household for private enjoyment and companionship". Thus, particularly central purposes of private pet keeping are at the same time recognized as protected under international law. In addition to this qualitative dimension of pet ownership, the quantitative aspect is also noteworthy: in almost every second household, people live together with cats, dogs and exotic pets such as guinea pigs, ornamental fish or budgies.² With the legal implementation of a so-called positive list, this picture would change dramatically: The positive list approach assumes that the keeping of any pet is initially prohibited - and that only those pets that are exceptionally included in the corresponding species list and thus "positively" named there can be exempted from this basic ban on keeping and ownership. This expert opinion examines whether and, if so, what legal limits exist for the introduction of such a positive list.

II. International Law

In accordance with the hierarchy of norms, the following section first examines the framework conditions under

¹ ETS No. 125; <https://rm.coe.int/168007a699> (12.03.2023).

² Der deutsche Heimtiermarkt 2022 - Repräsentative Studie des Marktforschungsinstituts Skopos im Auftrag von IVH und ZZf, <https://www.zzf.de/marktdaten/heimtiere-in-deutschland> (11.04.2023).

international and European Union law, before moving on to the level of constitutional law.

1. Functioning of international law

International law does not entitle or bind private individuals or companies, but only so-called subjects of international law.³ Apart from a few historically grown exceptions, subjects of international law are states and international organisations.⁴ In order for a treaty or convention under international law to be binding on these actors, certain requirements must be met, which are laid down in particular in Art. 11 et seq. of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations or between International Organisations ("Vienna Convention").⁵

2. International law on animal keeping

At the level of international law, regulation complexes under animal law are primarily found at the level of species protection. In this respect, CITES law should enjoy particular prominence, although it is conceived as negative list-based species protection law and is therefore - at least directly - not relevant to the present issue.⁶

³ Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Ed. 2023, § 7 margin number 1 et seq.

⁴ Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Ed. 2023, § 7 margin number 3 et seq.

⁵ Federal Gazette 1985 II p. 926.

⁶ For the general information on the CITES regime and the indirect consequences of the regulatory approach pursued there, see III.3.a.aa.

a. Pet Convention

Of central importance for pet keeping, however, is the Pet Convention already mentioned above. Contrary to what the name and the origin might suggest, this Convention is not a legal act of the European Union, but of the Council of Europe, which is not part of the European Union. Since Russia's exclusion at the beginning of 2022, the Council of Europe, which was founded in 1949, currently has 46 member states with almost 680 million citizens. Among others, Japan, Canada and the USA have so-called observer status.⁷ The Council of Europe is thus indisputably an international organisation that enacts international law.

Art. 17 of the Pet Convention stipulates, against the background of the Vienna Convention, that in order for a state to be bound by the Convention, it must sign it and also ratify, accept or approve it. According to the official list of signatures and ratifications, the Pet Convention applies by virtue of signature and ratification not only to France, Italy and Spain, for example, but also to Germany.⁸ This means that the Federal Republic of Germany is bound by the provisions of the Pet Convention under international law.

It is surprising that legal policy statements advocating the introduction of a positive list only mention this central source of international law relating to pet ownership in passing, in order to refer to the pet

⁷ <https://www.coe.int/de/web/about-us/our-member-states> (16.03.2023).

⁸ <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=signatures-by-treaty&treaty=125> (17.03.2023).

definition to be found there.⁹ This ultimately gives the - false - impression that it is not a legally binding instrument of international law that deserves further attention. Above all, it completely ignores the fact that international law not only does not consider pet ownership as such to be critical, but on the contrary even wants to promote it in principle. Against this background, it is worthwhile to take a precise look at the legal findings at the level of international law, which will be provided in the following.

b. Objectives of the Pet Convention

The central objectives of the Pet Convention are already comprehensively described in the preamble to the binding text. In this respect, in order to avoid misunderstandings, it must first be made clear that the preamble does not contain legally irrelevant "prefaces", but is rather of central importance for the analysis and interpretation of international conventions. Article 31 (1) and (2) of the Vienna Convention makes this unequivocally clear:

„1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 9 et seq.

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty."¹⁰

Thus, the normative text in its entirety proves to be a relevant starting point for the interpretation of the treaty under international law, whereby the preparatory work¹¹ can be taken into account as a complementary factor.¹²

aa. Setting the Course of the Preamble

The preamble to the Pet Convention is not only about the "ethical obligation (of man) to respect all living beings"¹³, but also about the avoidance of, for example, hygienic hazards¹⁴, or about the promotion of the health and well-being of pets associated with improved housing conditions.¹⁵ However, in addition to these statements

¹⁰ There is no official German version of the Convention; therefore, a translation prepared by the Austrian Federal Chancellery has been used here: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000684> (05.05.2023).

¹¹ So-called „travaux préparatoires“.

¹² In detail: Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Ed.), *Völkerrecht*, 7. Ed. 2018, p. 474 et seq.; Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Ed. 2023, p. 146 et seq. See also: Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 77. supplement September 2022, AEUV Preamble margin number 14 et seq.

¹³ Preamble, recital No. 2.

¹⁴ Preamble, recital No. 5.

¹⁵ Preamble, recital No. 8.

aiming at the protection of pets, there are further recitals in the preamble which are of considerable relevance to the topic of interest here. If one reads the first three recitals of the preamble "in one piece", it becomes clear that the Council of Europe follows a clear regulatory philosophy:

„The member States of the Council of Europe signatory hereto,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

Recognising that man has a moral obligation to respect all living creatures and bearing in mind that pet animals have a special relationship with man;

Considering the importance of pet animals in contributing to the quality of life and their consequent value to society; (...)"

The first recital of the preamble initially represents "only" a general commitment to the fundamental aims of the Council of Europe and is therefore irrelevant here. The first substantial statements are therefore found in recitals two and three. The second recital places man's ethical obligation to respect all living beings on an equal level with the "special relationship of man to pets". Pets and their keeping are thus not classified as a social aberration or described as inadmissible at the very beginning of the Convention, but on the contrary are recognised as a central component of human existence.

Anyone who doubts this classification will find their doubts completely dispelled in the third recital of the preamble immediately following: On the one hand, animals make a "contribution to the quality of life" and, on the other hand, their "value to society" follows from this. Thus, the Pet Convention naturally addresses the intrinsic value of pets - but just as naturally, it emphasises that pets improve the quality of human life and that the value of pets for society as a whole is to be derived from this contribution to improving the quality of human life.

This classification and location already results in a) an anthropocentric approach of the Pet Convention relevant in the following and b) the claim of the Pet Convention to improve pet keeping from an animal ethics and technical point of view, but otherwise to recognise it and to protect it as far as possible due to fundamental positive aspects for individual humans on the one hand and for society as a whole on the other.

A comparison with the official¹⁶ French version of the Convention shows that this statement at the beginning of the preamble, which determines the entire interpretation, is not a translation error. There it says "Considérant l'importance des animaux de compagnie en raison de leur contribution à la qualité de la vie et, partant, leur valeur pour la société".¹⁷ There can therefore be no serious doubt that the Convention not only aims to improve animal welfare standards, but also protects pet ownership in the light of its individual and societal benefits.

¹⁶ Legally binding are the English and the French versions; vgl. <https://www.coe.int/en/web/conventions/-/council-of-europe-european-convention-for-the-protection-of-pet-animals-ets-no-125-translations> (17.03.2023).

¹⁷ <https://rm.coe.int/168007a684> (17.03.2023).

Beyond this, the preamble also allows statements to be made on the central directions of this instrument of international law. On the one hand, Recital No. 7 mentions the awareness „of the different conditions which govern the acquisition, keeping, commercial and non-commercial breeding and disposal of and the trading in pet animals". The tenth recital concluding the preamble emphasises "that a basic common standard of attitude and practice which results in responsible pet ownership is not only a desirable, but a realistic goal". The Pet Convention thus emphasises a) the ownership of pet animals, b) the possibility of acquiring pet animals, c) the possibility of trade in pet animals, d) the existence of commercial breeding, e) the existence of non-commercial breeding. All of these human behaviours are thus not classified as impermissible under international law, but on the contrary are recognised as fundamentally justified.

bb. Interim result: Protection of the rights of keepers and traders

The disadvantages or even risks for humans and animals resulting from a lack of expertise or poor housing conditions are thus naturally the focus of the Pet Convention (and consequently the subject of the detailed provisions in the legally binding part of the Convention discussed below), but they stand on an equal footing with the rights and interests of keepers and traders and thus do not even begin to lead to the idea of a massive restriction on pet keeping. A fortiori, no ethical or political concepts aiming at such a comprehensive restriction of pet ownership are taken up by the Convention.

cc. Further developments in the provisions of the Convention

The basic positions already clearly laid down in the preamble and the course set are then consistently implemented in the individual provisions of the Pet Convention: The second chapter of the Convention is devoted to the principles for the keeping of pet animals and here specifically to the principles for the welfare of animals¹⁸, central keeping requirements¹⁹, breeding²⁰, the age limit for acquisition²¹, training²², trade, commercial breeding and keeping and animal shelters²³, the use of animals for advertising and comparable purposes²⁴, surgical interventions²⁵, as well as the killing of pet animals.²⁶ Chapter 3 then contains additional measures for stray animals²⁷; Chapter 4 refers to information and education measures.²⁸ The final chapters, 5 to 7, are more formal and refer to multilateral consultations, the amendment procedure and common²⁹ contractual final provisions.³⁰

The dichotomy of the Pet Convention runs like a red thread through all these provisions and can already be illustrated by the general husbandry requirement of Art. 4: The keeping

¹⁸ Art. 3.

¹⁹ Art. 4.

²⁰ Art. 5.

²¹ Art. 6.

²² Art. 7.

²³ Art. 8.

²⁴ Art. 9.

²⁵ Art. 10.

²⁶ Art. 11.

²⁷ Art. 12 et seq.

²⁸ Art. 14.

²⁹ Se explicitly the Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), Addendum to CAHPA (86) 13, No. 48.

³⁰ Art. 15 et seq.

of any pet animal is indeed linked to the condition of observing the ethological needs of the animal³¹; however, a ban on keeping is only considered permissible in two constellations: either it is certain that the basic ethological needs expressly specified as indispensable minimum standards - namely "suitable and sufficient food and water", "adequate opportunities for exercise" and, interestingly, also escape prevention - are not fulfilled³², or else the "animal (cannot) become accustomed to captivity despite fulfilling these conditions (...)".³³ On the one hand, the Convention wants to ensure that the basic needs of pets are met - on the other hand, the Convention does not realise any maximum positions propagated by animal ethics or animal rights policy. On the contrary, it explicitly recognises that pet animals may be kept even if these minimum standards are met, and that pet animals may be kept "in captivity"³⁴ for the individual and societal reasons given priority.

This finding is not intended to justify a lack of existence of the broader discussion on animal ethics, nor is it intended to cast doubt on the overriding relevance of animal welfare. However, a legal analysis of applicable international law must always be carried out in accordance with jurisprudential methodology and must therefore meet legal standards so that the results generated in this way are actually legally viable. In the present case, however, such a legal finding is - as explained - unambiguous.

³¹ Art. 4 para. 2.

³² Art. 4 para. 3 lit. a).

³³ Art. 4 para. 3 lit. b).

³⁴ In French, the term "captivité" is used accordingly.

Without prejudice to the following remarks on the concept of strengthening protection³⁵, an unbiased analysis of Art. 4 alone shows that strengthening protection must not lead to de facto bans on keeping pets: the keeping of pets is the explicitly permissible rule and the ban on keeping pets is the exception that requires justification. Thus, although Member States of the Convention could in individual cases expand the catalogue of circumstances justifying the keeping of pets, this could not be done in such a way that the rule-exception relationship would be reversed. Any other view would be incompatible not only with the laws of logic, but also with legal methodology.

As already mentioned, the dichotomy "improvement of the welfare of pets / basic permissibility of pet keeping and trade" characterises the entire Convention and is therefore not only echoed in the preamble or the cardinal norm of Art. 4:

- Art. 5, for example, lays down breeding bans - but at the same time allows everyone to keep pets without any further restriction, provided they are observed.
- Art. 6 sets the age limit for the acquisition of pets at 16 years - and allows e contrario any acquisition by those over 16 years of age.
- Art. 7 prohibits certain forms and methods of training - but considers training as such to be permissible as a matter of course.

³⁵ See below under c.

- The commercial or commercial-like activities of commercial breeding and keeping, as well as the operation of animal shelters, are subject to notification³⁶; the permissibility of the corresponding activities is then linked to sufficient expertise and suitable premises.³⁷ According to Art. 8 para. 4 sentence 2, a prohibition of such activities can only be considered if the means of official admission, which is considered to be of primary importance, is not effective and the welfare of the animals also makes a prohibition necessary.

- Advertising and comparable measures are not permitted under Art. 9 para. 1 sentence 1 - but this does not apply if the fundamental husbandry requirements of Art. 4 para. 2 are observed, if at the same time it is ensured that the health and welfare of the animals are not impaired.³⁸

- Even the killing of pets for purposes other than veterinary medicine is not prohibited without exception.³⁹

dd. Interim result

The overall conclusion is that the international Pet Convention - quite rightly - identifies and defines relevant minimum requirements for the welfare of pets. Conversely, however, all relevant human activities involving pets are explicitly classified as permissible.

³⁶ Art. 8 para. 1 and 2.

³⁷ Art. 8 para. 3.

³⁸ Art. 9 para. 1.

³⁹ Art. 11.

This applies in particular to private husbandry, private breeding, commercial breeding and trade. The anthropocentric orientation of the legal system is not only not questioned, but on the contrary presupposed and further perpetuated. The remarks on the ownership of pets may suffice as an indication in this respect. A restriction of these owner and trader interests and rights - which are also protected under human and constitutional law⁴⁰ - is consequently incompatible with the Pet Convention and thus contrary to international law.

In the legal-political discussion, there are occasional attempts to negate or break through these framework conditions with reference to the possibility of a so-called strengthening of protection. The figure of strengthening protection, which is quite familiar in international law, is therefore the subject of separate considerations in the following.

c. The figure of strengthening protection

As already mentioned in the introduction⁴¹, the part of the legal policy discourse calling for the introduction of a positive list almost completely ignores the Pet Convention. The above remarks should have made it clear that this is not an inadvertent omission, but a deliberate choice, since the Pet Convention makes it sufficiently clear that private pet ownership is a very high value under international law, which in principle should not be touched.

This assumption of a deliberate omission is supported by another indication: Apart from the definition of pet in

⁴⁰ See below under III. and IV.

⁴¹ See under II.2.a.

Art. 1 para. 1, only one other provision of the Pet Convention, Art. 2 para. 3, is taken into account by the proponents of a positive list.⁴² Art. 2 para. 3 of the Convention reads as follows: "Nothing in this Convention shall affect the liberty of the Parties to adopt stricter measures for the protection of pet animals or to apply the provisions contained herein to categories of animals which have not been mentioned expressly in this instrument." This norm is called "decisive" in the discourse, quoted - and then not given a second thought.⁴³

This, of course, creates the - false - impression that the Convention is subject to a more or less arbitrary expansion on the part of the member states via this possibility of strengthening protection by the member states. A closer look, however, shows that such an approach is not in conformity with international law and, moreover, does not reflect the will of the creators of the Convention. In detail:

aa. The Effect of Strengthened Protections in International Law

The strengthening of protection under international law is a "classic" instrument of international law and can therefore be found not only in "animal law" or in environmental law⁴⁴, but in a good part of all

⁴² Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 10.

⁴³ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 10.

⁴⁴ Cf. With regard to CITES: Feichtner, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Eds.), EU-Außenwirtschafts- und

international conventions. The Council of Europe's Convention on Human Rights and Biomedicine⁴⁵, which is dedicated to the protection of human beings in the application of biology and medicine, and thus in particular medical research, is merely an example.⁴⁶ Article 27 of the Biomedicine Convention, entitled "Wider Protection", then reads as follows: "None of the provisions of this Convention shall be interpreted as limiting or otherwise affecting the possibility for a Party to grant a wider measure of protection with regard to the application of biology and medicine than is stipulated in this Convention."

Strengthening protection is thus something that is perfectly self-evident from the point of view of international law. These clauses derive their indisputable *raison d'être* from the way international law norms function and, in particular, how they come into being. For the establishment of international law is almost without exception preceded by intensive and protracted negotiations between states, which inevitably lead to the fact that a) almost every agreement under international law contains numerous and far-reaching compromises and b) hardly any international treaty finds the unqualified consent of all states.⁴⁷

Due to these circumstances, many treaties under international law are characterised by minimum standards or

Zollrecht, 20. supplement September 2022, Artenschutz-VO before Art. 1 margin number 36 et seq.

⁴⁵ ETS No. 164, <https://rm.coe.int/168007d002> (20.03.2023).

⁴⁶ Art. 1 para.. 1.

⁴⁷ General information on the functions and effects of international law: Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Ed. 2023, § 4.

by a minimum degree of protection of the respective protected goods - such as the environment, culture, human rights, animals, biodiversity, climate, etc.. These legal and atmospheric framework conditions lead to the fact that member states that want to do "more than the minimum" are given corresponding room for manoeuvre. At the same time, this is a reaction to the fact that, depending on the protected good, the previous standard of protection can show extreme deviations from one member state to the next and that, in addition, perceptions about the relative worthiness of protection of certain goods and interests are subject to strong fluctuations.

If a member state wants to "do more" in this sense, however, the corresponding legislative activities are clearly limited by the requirements of the respective convention to be "strengthened". In view of the careful balancing of every international law text described above and the comprehensive and intensive negotiations that precede every international treaty, the negotiation results standardised in the convention must not be thwarted by national "reinforcements of protection". This is because every treaty under international law makes every effort to ensure that all the rights and interests concerned are adequately protected.

For example: Art. 15 et seq. of the above-mentioned Biomedicine Convention regulate scientific research in the biomedical field and, against this background, establish certain (minimum) standards of protection for research participants as a result of extensive consultations and negotiations between the member states. However, the "protection enhancement clause" of Art. 27 of this Convention cannot be used by a member state to prohibit all

biomedical research with the argument that "no research would be the best protection for research participants". From a purely empirical point of view, this effect of a total ban may be true, but by signing and ratifying (and thus bringing into force) the respective convention, the member state is at the same time committing itself to the basic assumptions standardised there - which in the example mentioned include the existence of biomedical research.

Strengthening of protection must therefore necessarily be more detailed and more specific - in the present case, for example, in the form of increased documentary requirements. If a state does not wish to recognise the right to exist of biomedical research as expressed in the Biomedicine Convention, it may not sign and/or ratify the Convention from the outset, or it must - as far as possible - make use of any possible reservations. This is exactly what happened in the case of the Biomedicine Convention: Germany neither signed nor ratified the Biomedicine Convention due to political concerns regarding research on persons incapable of giving consent.

Transferred to the Pet Convention, the following applies: The creators of the Convention have - as stated - recognised private keeping, non-commercial breeding, commercial breeding and trade as worthy of protection. Likewise, the relevance of private pet keeping for humans and for society as such is emphasised. The anthropocentric approach of the legal system is also confirmed and continued. States that do not conform to these assumptions may thus not support the Convention from the outset. However, the Federal Republic of Germany has signed and ratified the Convention and is consequently bound by the

aforementioned basic assumptions negotiated under international law.

bb. In particular: The effect of the prohibition of reservation according to Art. 21 para. 1 sentence 2

In this context, it is also interesting (and quite relevant for consideration) that the Federal Republic of Germany has made use of the reservation option mentioned in Art. 21 para. 1 sentence 1 of the Pet Convention.⁴⁸ In this respect, the Federal Republic of Germany has declared that it does not wish to recognise the minimum age limit for the acquisition of pets set out in Art. 6 of the Convention and the ban on docking set out in Art. 10 (1) (a) of the Convention.⁴⁹ By these actions, too, the Federal Republic of Germany shows that, as a subject of international law, it otherwise complies with the basic assumptions of the Convention - as a matter of course.

Finally, the reservation clause of Art. 21 provides further insights into the question of interest in this case. For Art. Art. 21 para. 1 of the Pet Convention reads as follows: "Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of one or more reservations in respect of Article 6 and Article 10, paragraph 1, sub-paragraph a. No other reservation may be made." This means, on the one hand, that reservations must be declared at a certain point in time - at the latest

⁴⁸ <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=declarations-by-treaty&numSte=125&codeNature=2&codePays=GER> (21.03.2023).

⁴⁹ <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=declarations-by-treaty&numSte=125&codeNature=2&codePays=GER> (21.03.2023).

when the Convention finally enters into force. This is not only for the sake of legal certainty, but in view of the negotiation procedures of international law described above, it is above all intended to prevent the treaty from being "renegotiated" for an indefinite period of time. On the other hand, it is of particular relevance that Art. 21 para. 1 sentence 2 of the PetCare Convention only considers the age limit and the ban on docking to be subject to reservations and, conversely, explicitly declares all other reservations to be inadmissible.

This fundamental prohibition of reservations in Art. 21 para. 1 sentence 2 may not be circumvented by de facto bans on keeping animals. This is because the drastic reduction (and depending on the species: absolute impossibility) of pet keeping that would inevitably - and intentionally⁵⁰ - go hand in hand with a positive list would represent a "maximum reservation" of the Federal Republic of Germany in regulatory and normative terms. By introducing a positive list, the Federal Government would thus acquire possibilities for action that are prohibited to it under Art. 21 para. 1 sentence 2 of the Pet Convention.

**cc. The intention of the creators of the Convention:
Restriction of Art. 2 para. 3 to guard dogs and the like**

The above remarks on the limited effect of the option of strengthening protection in Art. 2 para. 3 are fully confirmed by the intention of the creators of the Pet Convention. Although the unambiguous findings on the textual analysis clearly push the relevance of the

⁵⁰ See Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 2.

historical embedding into the background⁵¹, it should nevertheless be pointed out for the sake of completeness that the Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), which was responsible for the textual work on the Pet Convention, did not declare any reservations or limitations of any kind with regard to the basic legal assumptions elaborated above and, in particular, also took the anthropocentric approach of the Convention for granted.⁵²

However, it is of considerable interest to note that Art. 2 para. 3 of the Convention, which - as mentioned - is presented by parts of the legal-political discourse as a supposedly "simple" regulatory possibility for national maximisation of "pet protection" through a positive list, has a completely different background: There was considerable disagreement among CAHPA experts about the inclusion of guard or working animals in the pet definition and thus in the scope of the Convention. These intensive discussions did not subside even after the work on the relevant text parts had actually been completed.⁵³ Art. 2 para. 3 of the Convention was then created as a compromise. After a detailed description of the disputes between the experts⁵⁴, it then finally states:

⁵¹ Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Ed.), *Völkerrecht*, 7. Ed. 2018, p. 474 et seq.; Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Ed. 2023, p. 146 et seq.

⁵² See just Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), Addendum to CAHPA (86) 13, No. 11 und No. 26

⁵³ Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), CAHPA 86 (12) No. 20.

⁵⁴ Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), CAHPA 86 (12) No. 15 - 19.

„The Committee finally agreed on a proposed amendment to the Article (2) suggested by the Expert from France. Under this amendment not only individuals but also juridical persons keeping pet animals would be mentioned in paragraph 1, to cover firms employing guard-dogs. A third paragraph would also be added to the article allowing member States to adopt stricter rules for the protection of pet animals the Convention's provisions to categories of animals not specifically mentioned in it. The Committee agreed to amend ist Explanatory Report accordingly and to delete in particular the references to working animals (draft Explanatory Report paragraph 15) and packs of hounds (paragraph 19).“⁵⁵

Art. 2 para. 3 of the Convention is thus to be seen exclusively embedded in the debate about working animals and in particular guard dogs, which are then consequently also explicitly mentioned again in the concluding Explanatory Report of the CAHPA.⁵⁶

d. Interim result

A national pet positive list would be incompatible with the obligations that the Federal Republic of Germany has imposed on itself under international law with the Pet Convention of the Council of Europe. The Pet Convention not only explicitly recognises the need for protection of private animal husbandry, breeding and trade, it also prohibits national " solo efforts" that run counter to the

⁵⁵ Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), CAHPA 86 (12) No. 20.

⁵⁶ Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), Addendum to CAHPA (86) 13, No. 15.

basic assumptions of the Convention. The so-called reinforcement of protection in Art. 2 para. 3 of the Convention does not contradict this. On the contrary, the norm only allows for certain fine adjustments in accordance with general standards of international law; in addition, the norm is embedded in a highly specific discourse, especially on the use of guard dogs. A national pet positive list would therefore violate applicable international law.

III. European law

The assessment of a positive list under European law is determined in particular by the so-called fundamental freedoms. In the event of the introduction of such a list at the level of Union law, the Charter of Fundamental Rights of the European Union would also be relevant. Both sets of issues are examined separately below.

1. Fundamental freedoms

The fundamental freedoms of the European Union are rooted in the history of the European Economic Community and the European Coal and Steel Community, which initially aimed at economic cooperation.⁵⁷ For decades, in the absence of a catalogue of fundamental rights under Union law, the fundamental freedoms also guaranteed basic protection of the individual against discriminatory measures by individual member states. The catalogue of fundamental freedoms includes the free movement of goods, the free

⁵⁷ See just Rossi, *Entwicklung und Struktur der Europäischen Union - eine graphische Erläuterung*, in: ZJS 2010, 49 et seq.

movement of persons, the free movement of services and the free movement of capital and payments.

a. Free movement of goods

Of particular relevance for the realisation of the internal market is the so-called free movement of goods. Articles 34 and 35 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) are relevant here:

„Article 34

Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States.

Article 35

Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States.”

In comparison to the comparatively crude interventions in the free movement of goods by means of import or export restrictions, other forms of restriction, which are referred to as "measures having equivalent effect" and on which a rich body of case law of the European Court of Justice has developed, are incomparably more relevant.

The fact that animals are to be regarded as goods in this sense is self-evident in view of the framework conditions of property law that apply in all Member States of the Union, but will only be briefly mentioned here for the sake of clarification. Consequently, in addition to the European

Court of Justice⁵⁸, even the proponents of a positive list point out that pets fall under the definition of goods.⁵⁹

aa. Positive list as a measure of equivalent effect

The so-called measures of equivalent effect have been significantly concretised by the European Court of Justice, in particular in its decisions in the Dassonville, Keck and Cassis de Dijon cases. Since the corresponding explanations have already been given elsewhere, reference can be made to the statements made there.⁶⁰ Consequently, as the advocates of a positive list also point out⁶¹, it can be considered certain that the use of this regulatory instrument would cause barriers to trade and must therefore be measured against the standard of the free movement of goods. However, there is disagreement on the question of whether this interference with the free movement of goods can be justified. This aspect is the subject of the following considerations.

bb. Possible justifications

Interference in the free movement of goods can be justified under certain conditions. The central normative connecting factor in this respect is Article 36 TFEU:

⁵⁸ ECJ, Case C-67/97, Coll. 1998, I-8033 margin number 13 et seq.

⁵⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 15.

⁶⁰ Cf. Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, p. 131 et seq.

⁶¹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 15 et seq.

„Article 36

The provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.“

aaa. View of the advocates of a positive list

In view of these legal requirements, the advocates of a positive list state apodictically: "There can be no reasonable doubt about the existence of a permissible justification in view of what has been stated above under point I. A positive list would obviously pursue legitimate aims".⁶² If one then analyses the statements described as the foundation of this statement, something surprising comes to light: the passages in question do not represent a methodically guided and thus legally correct examination of the individual justification options, but rather a collection of the most diverse statements that are almost irrelevant to Article 36 TFEU. In detail:

⁶² Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 17; translation by the author.

Point I of the above-mentioned document, entitled "Facts", first describes alleged disadvantages of keeping pets. Among the ailments of many pets alleged in a few sentences are abnormal behaviour, psychological abnormalities or (auto)aggression⁶³ - these scientific or veterinary claims are then substantiated by an unpublished legal assessment⁶⁴ and thus by secondary sources that are not even scientifically relevant. Such a procedure does not even meet the most basic scientific requirements.

If one also takes the effort to examine the quoted passage of the aforementioned legal opinion to see on which basis which statements are made there, astonishing things come to light. The original, unabridged passage reads as follows:

„Exotic animals which are brought to Europe to serve as pet animals are taken away from their natural environment and placed in local conditions which are not at all comparable with their original environment. Most private owners of exotic pet animals do not know enough of the natural conditions of the life of the animal in its original environment, about its social structures (life with other animals), its day and night rhythm, its needs and habits of food, of rest and of movement. And even, if they knew, they are normally unable to offer similar conditions to the exotic animal. Furthermore, regularly, owners do not have enough space and other housing possibilities to

⁶³ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 4.

⁶⁴ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 4, footnote 3. Reference is made to Krämer, EU law and a positive list for companion animals, p. 8 et seq.

make the life conditions of exotic animals similar to those of their original space. This is in particular the case, when exotic animals are acquired while they are young and small, as the needs of adult animals - feed, movement, companionship, space etc. - are frequently different.

As a result, exotic animals in captivity - and for an animal, being kept as a pet, means that it is in captivity - frequently suffer from boredom, isolation, inadequate nutrition lack of sunshine and lack of social and medical treatment. Evidence for their suffering is an abnormal behaviour, such as monotone movements, self-mutilation, aggression, stress from loneliness or other signs of negative psychological status. The mortality of exotic pet animals is very high.

The taking of exotic animals from the wild and the subsequent transport to Europe causes supplementary stress and high mortality rates for the animals; some researchers estimate that for one chimpanzee which comes to Europe, some fifty chimpanzees died during capture and transport. Long-term consequences of the stress of capture and transport for the animal are very likely, though not capable of being proven scientifically.

Concluding this section, attention is drawn on the checklist for the welfare of pet animals developed by Schuppli and his co-authors which is widely recognized as establishing an appropriate standard and which clearly shows the considerable requirements that

owners of pet animals should comply with, in order to ensure an appropriate welfare for their pet animal."⁶⁵

There are only three footnotes in this entire passage, two of which concern the last paragraph and the - here irrelevant - checklist by Schuppli et al. The first paragraph, in which countless assertions are made about various aspects of pet keeping, remains completely unsubstantiated. Consequently, at the end of the second paragraph, there is the only (sic!) footnote by means of which the legal author wants to substantiate what is claimed. This footnote reads unabridged as follows:

„The British Captive Animals' Protection Society reports that 26 per cent of pet tortoises die within the first year, and 92 per cent within four years, in: Exotic animals are not pets; <https://www.captiveanimals.org/wp-content/uploads/2011/02/Exotic-pets-factsheet.pdf>. The mortality of reptiles is said to be much higher than of any other pet animals. However, all such figures and statements are disputed among pet shops, breeders, animal welfare groups etc..⁶⁶

To put it in a nutshell: the other legal opinion cited as a secondary source in a legal opinion to justify alleged animal welfare deficits does not contain any citable sources for animal welfare deficits. Hearsay statements about how reptile husbandry "should" be are also unsuitable to justify state intervention. The open admission by the

⁶⁵ Krämer, EU law and a positive list for companion animals, p. 8.

⁶⁶ Krämer, EU law and a positive list for companion animals, p. 8, footnote 32.

author of the above-mentioned secondary opinion that some of the alleged effects cannot be scientifically proven and are therefore arbitrary gets to the heart of the matter: not only the proponents of the positive list, but also the secondary source cited there simply lack even the most rudimentary evidence for the alleged animal welfare disadvantages.

This is followed by a few lines on biodiversity, ecosystem protection and climate change⁶⁷ in the context of the positive list advocacy, before the economic volume of the animal trade - more precisely: animal smuggling - is addressed.⁶⁸ This is followed by a few sentences on the dangers of zoonoses and so-called dangerous or poisonous animals.⁶⁹

It remains a complete mystery how such a compilation of more or less incoherent aspects, which at best are only buzzwords and do not even rudimentarily meet scientific criteria, and which moreover only marginally concern the conventional pet trade, can justify the conclusion that there can be "no reasonable doubt" about the existence of a permissible justification within the meaning of Article 36 TFEU. At least on the basis of generally accepted legal and jurisprudential standards, the aforementioned statements do not even represent an attempt at a proper justification test. Such an examination must first be guided by the

⁶⁷ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 5 et seq.

⁶⁸ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 6 et seq.

⁶⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 8.

wording of the law and in particular take into account the existing case law. The following explanations provide such a methodically guided analysis.

bbb. Grounds for justification according to Art. 36 TFEU

Art. 36 TFEU names several grounds for justification which, at least on a superficial view, could be used to justify an infringement and which will therefore be analysed separately in the following.

(1) Public security and order

The European Court of Justice understands the concept of public security according to Art. 36 TFEU much more narrowly than is the case in the German legal system. Public security in this sense is only involved when it concerns matters of internal or external security essential to the existence of a state, in particular the "functioning of its economy, [. . .] that of its institutions and its essential public services, and [. . .] the survival of its population."⁷⁰ An invocation of public policy within the meaning of Article 36 TFEU can only be considered if there is "a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society."⁷¹ The concepts of public security and public order are thus clearly not to be equated with the objects of protection under police and security law in German police and public order law.⁷²

⁷⁰ ECJ, Coll. 1984, 2727, margin number 34.

⁷¹ ECJ, Case C-36/02, Coll. 2004, I-9609, margin number 30.

⁷² Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed 2022, Art. 36 margin number 198 et seq.

In the opinion of the European Court of Justice, a question of public security is therefore, for example, regulations to secure the supply of oil.⁷³ Irrespective of the fact that allegedly dangerous animals in Germany are now almost comprehensively covered by state police and public order law⁷⁴, irrespective of the lack of valid proof of danger and ignoring constitutional framework conditions, and for this reason alone no continuing critical "security situation" can be constructed, this example illustrates the dimension of the concept of security covered by Article 36 TFEU. The "risks" caused by keeping chipmunks, zebrafish and other pets have no relevance here.

(2) Protection of health and human life

If the Member States of the European Union wish to justify trade-restrictive measures by reference to the protection of health and life to be granted, it is a matter of general conviction that in this respect recourse to mere presumptions or allegations is prohibited. The European Court of Justice clearly states here:

„As for the second point, it must be borne in mind that, as the Court has consistently held (see in particular Case 227/82 Van Bennekom [1983] ECR 3883, paragraph 40), it is for the Member States to demonstrate in each case that their rules are necessary to give effective protection to the interests referred to in Article 36 of the Treaty and, in particular, to show that the marketing of the

⁷³ ECJ, Case 72/83, Coll. 1984, 2727, margin number 34.

⁷⁴ Cf. Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018.

product in question creates a serious risk to public health."⁷⁵

In this respect, it is rightly pointed out that the degree of the obligation to substantiate as an expression of the principle of proportionality depends in particular on the intensity of the threat of danger in the individual case and the probability of occurrence.⁷⁶ It is not necessary that damage has already occurred, because effective protection often requires preventive measures. However, there is an obligation - which must be examined regularly within the framework of necessity - to comprehensibly prove the necessity of the intervention with reference to scientific findings or European/international standards.⁷⁷

The European Court of Justice demands in particular that the existence of a real risk to public health must be determined and assessed, which requires a detailed examination of the possible threatening consequences in each individual case.⁷⁸ The member state must therefore carry out a detailed examination of the risk; as a result, the asserted risk to health must be regarded as sufficiently proven on the basis of the latest scientific information available at the time of the adoption of such a ban. In such a context, the subject of the risk assessment

⁷⁵ ECJ, Case C-228/91, Coll. 1993, I-2701, margin number 28.

⁷⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 5. Ed. 2016, Art. 36 margin number 199; Leible/Streinzi, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Eds.), Das Recht der Europäischen Union, 63. supplement December 2017, Art. 36 margin number 23.

⁷⁷ See also the references made by Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 5. Ed. 2016, Art. 36 margin number 199.

⁷⁸ ECJ, Case. C-150/00, decision of. 29.4.2004, margin number 96.

to be carried out by the member state is consequently the assessment of the degree of probability of adverse effects on human health and the severity of those potential effects.⁷⁹ It is also important to note in this context that the European Court of Justice has consistently held that the risk alleged must be "assessed on the basis of the most reliable scientific data available and the most recent results of international research".⁸⁰

As a consequence of this case law, a positive list cannot be based on the relevant justification. Irrespective of the question of the type and quality of the literature cited by the positive list proponents in support of the zoonosis thesis⁸¹, it is true that the zoonosis research that has been vigorously pursued in recent years, which is bundled under the umbrella of the National Research Platform for Zoonoses and the Zoonotic Infectious Diseases Research Network⁸², shows impressively that pet keeping does not play a decisive role here, either quantitatively or qualitatively. Rather, zoonoses occur primarily in domesticated farm animals as a side effect of the domestication process.⁸³ And without trivialising the issue inappropriately: challenges associated with zoonoses can usually be avoided by adhering to what are actually

⁷⁹ ECJ, Case. C-95/01, decision of 5.2.2004, margin number 41 et seq.

⁸⁰ ECJ, Case C-672/15, decision of 27.4.2017, margin number 48 et seq.

⁸¹ The corresponding statements are mainly based on a non-quotable reader's letter or forum opinion.

⁸² <https://zoonosen.net/forschungsnetz> (21.03.2023).

⁸³ In detail: ZZf- Stellungnahme zum Risiko von Zoonosen beim Handel mit als Heimtieren gehaltenen Wildtieren, 05.07.2020; <https://www.zzf.de/stellungnahme/stellungnahme-des-zzf-zum-risiko-von-zoonosen-beim-handel-mit-als-heimtieren-gehaltenen-wildtieren> (11.05.2023).

self-evident basic hygiene measures.⁸⁴ Should an individual species of pet animal nevertheless be identified as relevant with regard to zoonoses in the future, the existing law on the prevention of hazards would provide all the necessary instruments. Health and life protection are therefore not suitable grounds for justification.

(3) Protection of animal health and life

Article 36 TFEU also mentions the health and life of animals as a justification for state actions that restrict the free movement of goods. In principle, this covers measures that serve the well-being of animals.⁸⁵ Consequently, the state can - at least in the non-harmonised area⁸⁶ - prevent activities that are associated with suffering for animals or that can negatively influence their natural behaviour.⁸⁷

In this context, however, a distinction must be made. The European Union allows the keeping of animals for human food production as a matter of course. It is equally self-evident for the Union legislator that animals are killed for purposes of medical research, for example.⁸⁸ The

⁸⁴ Cf. ZZf- Stellungnahme zum Risiko von Zoonosen beim Handel mit als Heimtieren gehaltenen Wildtieren, 05.07.2020; <https://www.zzf.de/stellungnahme/stellungnahme-des-zzf-zum-risiko-von-zoonosen-beim-handel-mit-als-heimtieren-gehaltenen-wildtieren> (11.05.2023).

⁸⁵ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed 2022, Art. 36 margin number 208.

⁸⁶ ECJ, Case C-1/96, margin number 41 et seq.; see also Haltern, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Ed. 2017, Art. 36 margin number 47.

⁸⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed 2022, Art. 36 margin number 208.

⁸⁸ This applies irrespective of all refinements of animal protection, in this case, for example, through the transfer

"health and life" of animals and the "welfare" of animals derived from this must therefore of necessity be considered proportionately. No one would dispute that not killing an animal for human meat supply and kept exclusively for this purpose would be better for the welfare of the animal concerned than killing it. Nevertheless, this form of animal husbandry and use is not prohibited throughout the Union. The concept of animal welfare can therefore only ever be seen in relative terms, by placing it in relation to the other rights and interests of all those involved. This explains why, for example, the European Court of Justice considers certain national requirements for crates for fattening calves to be legal - without, of course, declaring fattening calves as such to be unlawful.⁸⁹ Animal welfare considerations are therefore not conducive to justifying a regulatory philosophy aimed at a blanket de facto ban on pets.

(a) Interim result

State measures to protect the health and life of animals must thus also meet the usual justification requirements and, in particular, be proportionate. A cross-species positive list cannot be based on information that is not scientifically sound or, for example, only concerns a single species or a few species. Thus, a positive list aimed at pet keeping must be qualified as an inadmissible instrument in principle, because it follows the approach of an undifferentiated "presumption for the ban". The proponents of a positive list try to refute this objection

of the 3Rs principle into the legal system (cf. Directive 2010/63/EU).

⁸⁹ ECJ, Case 143/81, Coll. 1982, I- 01299, margin number 12 et seq.

by referring to a decision of the European Court of Justice on the "Belgian positive list" and quote a short passage of the relevant judgement, which is also highlighted.⁹⁰ An analysis of the said judgment requires that the relevant considerations of the Court be presented and analysed in their entirety:

(b) The ECJ and the "Belgian positive list"

In the current discourse, the homonymous use of the term "positive list" gives the impression that the European Court of Justice has "rubber-stamped" national pet positive lists. In fact, however, the aforementioned decision exclusively concerns national supplements to Regulation (EC) No. 338/97, which serves to implement the CITES commitment in the Union and thus exclusively covers the protection of wild animal and plant species.⁹¹

The Court of Justice states in detail in this regard:

„According to the Belgian Government, the legislation at issue in the main proceedings, although it hinders the free movement of goods, pursues a legitimate objective, namely the welfare of animals held in captivity. It is based on the finding that the holding of mammals is acceptable only in a limited number of cases, in view of the minimum physiological and ethological needs of those mammals. The Belgian Government submits in that regard that, if it appears, having regard to those needs, that specimens of a

⁹⁰ Ziehm, *Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“*, 1. August 2022, p. 17 et seq.

⁹¹ This can even be seen from the official heading of the European Court of Justice.

particular species of mammal may not be held by anyone without jeopardising the welfare of those animals, they may not be included in the positive list and, consequently, they may not be traded in, subject to the derogations provided for in Article 3bis(2) of the animal welfare law. That legislation is therefore justified in the interests of the protection of the health and life of the animals concerned.

Furthermore, according to the Belgian Government, the contested legislation is proportionate to the objective pursued. First, it does not impose an absolute prohibition on the importation of those animals. Under Article 3bis(2) of the animal welfare law, specimens of species or categories other than those included in the list constituting Annex I to the Royal Decree may nevertheless be held inter alia in zoological gardens, laboratories, circuses and travelling exhibitions, but also by private individuals recognised by the Minister responsible for the protection of animals and by firms trading in animals provided that a prior written agreement has been concluded with the natural or legal persons in one of the abovementioned categories.

Secondly, the authorised list was drawn up after the National Council for animal welfare had established objective criteria, inter alia on the basis of contributions from scientists and specialists. Those criteria are as follows. First, the animals must be easy to keep and capable of being given shelter with respect for their fundamental physiological, ethological and ecological needs; secondly, they must not be aggressive in nature or constitute any other

particular danger to human health; thirdly, they may not belong to species in respect of which there are clear indications showing that specimens, once they have escaped into the wild, can continue to exist there and may therefore constitute an ecological threat; and, fourthly, there must be bibliographical data with regard to holding them. Where there is a conflict between the data or the available information on whether specimens of a species may be held, the benefit of the doubt must be given to the animal.

In that regard, it should be noted, first, that the protection of animal welfare is a legitimate objective in the public interest, the importance of which was reflected, in particular, in the adoption by the Member States of the Protocol on the protection and welfare of animals, annexed to the Treaty establishing the European Community (OJ 1997 C 340, p. 110). Moreover, the Court has held on a number of occasions that the interests of the Community include the health and protection of animals (see Joined Cases C-37/06 and C-58/06 *Viamex Agrar Handel and ZVK* [2008] ECR I-0000, paragraphs 22 and 23, and the case-law cited).

Secondly, it must be borne in mind that, according to Article 30 EC, the provisions of Articles 28 EC and 29 EC are not to preclude prohibitions or restrictions justified on grounds, *inter alia*, of the protection of the health and life of humans or animals, provided that such prohibitions or restrictions do not constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States, and that the Court has held that the protection of the health and life of animals constitutes a fundamental

requirement recognised by Community law (see, to that effect, Case C-350/97 Monsees [1999] ECR I-2921, paragraph 24).

As regards the risk that specimens, once they have escaped into the wild, may continue to exist there and may therefore constitute an ecological threat, it must be borne in mind, thirdly, that the Court has consistently held that restrictions on the free movement of goods may be justified by imperative requirements such as the protection of the environment (see Case C-341/95 Bettati [1998] ECR I-4355, paragraph 62, and Case C-314/98 Snellers [2000] ECR I-8633, paragraph 55).

Although the principle of proportionality, which underlies the last sentence of Article 30 EC, requires that the power of the Member States to prohibit imports of animals from other Member States in which they are legally traded should be restricted to what is necessary to achieve the objectives of protection being legitimately pursued (see, to that effect, *inter alia*, Harpegnies, paragraph 34), it is necessary, for the application of that principle in a context such as that of the case in the main proceedings, to take into account the specific nature of the species concerned and the interests and requirements noted in paragraphs 27 to 29 of this judgment.

The fact that one Member State imposes less stringent rules than another Member State does not mean that the latter's rules are disproportionate and hence incompatible with Community law. The mere fact that a Member State has chosen a system of protection

different from that adopted by another Member State cannot affect the appraisal as to the need for and proportionality of the provisions adopted (see, *inter alia*, Case C-108/96 *Mac Quen and Others* [2001] ECR I-837, paragraphs 33 and 34).

Contrary to the submission of the applicants in the main proceedings, a negative list system - which entails limiting the prohibition to the species of mammals included in that list - might not suffice to achieve the objective of protecting or complying with the interests and requirements mentioned in paragraphs 27 to 29 of this judgment. Reliance on such a system could mean that, as long as a species of mammal is not included in the list, specimens of that species may be freely held even though there has been no scientific assessment capable of guaranteeing that that holding entails no risk to the protection of those interests and requirements (see, by analogy, *Joined Cases C-154/04 and C-155/04 Alliance for Natural Health and Others* [2005] ECR I-6451, paragraph 70).

However, the Court has consistently held that legislation, such as that referred to in the main proceedings, which makes the holding of mammals subject to the prior inclusion of the species to which they belong in a positive list and which also applies to specimens of species which are legally held in other Member States is in compliance with Community law only if a number of conditions are satisfied (see, by analogy, *inter alia*, Case C-344/90 *Commission v France* [1992] ECR I-4719, paragraphs 8 and 16, and Case C-24/00 *Commission v France*, paragraph 25).

First, the drawing up of such a list and the subsequent amendments to it must be based on objective and non-discriminatory criteria (see, to that effect, *inter alia*, Case C-192/01 *Commission v Denmark* [2003] ECR I-9693, paragraph 53).

Secondly, that legislation must make provision for a procedure enabling interested parties to have new species of mammals included in the national list of authorised species. The procedure must be one which is readily accessible, which presupposes that it is expressly provided for in a measure of general application, and can be completed within a reasonable time, and, if it leads to a refusal to include a species - it being obligatory to state the reasons for that refusal - the refusal decision must be open to challenge before the courts (see, by analogy, Case C-344/90 *Commission v France*, paragraph 9, and Case C-24/00 *Commission v France*, paragraphs 26 and 37).

Lastly, an application to obtain the inclusion of a species of mammal in that national list may be refused by the competent administrative authorities only if the holding of specimens of that species poses a genuine risk to the protection of or compliance with the interests and requirements mentioned in paragraphs 27 to 29 of this judgment (see, by analogy, *inter alia*, Case C-344/90 *Commission v France*, paragraph 10, and Case C-24/00 *Commission v France*, paragraph 27).

In any event, an application to have a species included in the list of species of mammal which may be held may be refused by the competent authorities only on the basis of a full assessment of the risk posed to

the protection of the interests and requirements mentioned in paragraphs 27 to 29 of this judgment by the holding of specimens of the species in question, established on the basis of the most reliable scientific data available and the most recent results of international research (see, by analogy, *inter alia*, *Alliance for Natural Health and Others*, paragraph 73).

Where it proves impossible to determine with certainty the existence or extent of the risk envisaged because of the insufficiency, inconclusiveness or imprecision of the results of the studies conducted, but the likelihood of real harm to human or animal health or to the environment persists should the risk materialise, the precautionary principle justifies the adoption of restrictive measures.

Furthermore, derogations such as those provided for in Article 3bis(2) of the animal welfare law must not lead to the favouring of domestic products, because that would constitute arbitrary discrimination against or a disguised restriction on products imported from other Member States (see, *inter alia*, Case 27/80 *Fietje* [1980] ECR 3839, paragraph 14).

As regards specifically conditions such as those set out in Article 3bis(2)(3)(b) and (6) of the animal welfare law, in relation to the holding by private individuals or firms trading in animals of specimens of mammals not referred to in the list attached as an Annex to the Royal Decree, it is important to establish that such conditions are objectively justified and do not go beyond what is necessary to

achieve the objective pursued by the national legislation as a whole.

It is clear that the assessment to be made of the proportionality of a body of rules such as that at issue in the main proceedings, in particular as regards the question whether the objective sought could be achieved by measures having less effect on intra-Community trade, cannot be carried out in the present case without additional information on that body of rules and on the implementation thereof. The assessment of the criteria established and of their application, of the scope of the derogations provided for in Article 3bis(2) of the animal welfare law and of the characteristics of the procedure for inclusion in the list, such as its accessibility and the possibilities of review where there is a refusal to include a species, requires a specific analysis on the basis, *inter alia*, of the various applicable provisions, previous practice and scientific studies, it being for the national court to make that analysis (see, to that effect, *Tridon*, paragraph 58).

In the light of the foregoing, the answers to the questions referred for a preliminary ruling must be that Articles 28 EC and 30 EC, read separately or in conjunction with Regulation No 338/97, do not preclude national legislation, such as that at issue in the main proceedings, under which a prohibition on importing, holding or trading in mammals belonging to species other than those expressly referred to in that legislation applies to species of mammals which are not included in Annex A to that regulation, if the protection of or compliance with the interests and

requirements referred to in paragraphs 27 to 29 of this judgment cannot be secured just as effectively by measures which obstruct intra-Community trade to a lesser extent.

It is for the national court to determine:

- whether the drawing up of the national list of species of mammals which may be held and subsequent amendments to that list are based on objective and non-discriminatory criteria;
- whether a procedure enabling interested parties to have species of mammals included in that list is provided for, readily accessible and can be completed within a reasonable time, and whether, where there is a refusal to include a species, it being obligatory to state the reasons for that refusal, that refusal decision is open to challenge before the courts;
- whether applications to obtain the inclusion of a species of mammal in that list or to obtain individual derogations to hold specimens of species not included in that list may be refused by the competent administrative authorities only if the holding of specimens of the species concerned poses a genuine risk to the protection of the abovementioned interests and requirements; and
- whether the conditions for the holding of specimens of mammals not referred to in that list, such as those set out in Article 3bis(2)(3)(b) and (6) of the animal welfare law, are objectively justified and do not go

beyond what is necessary to achieve the objective pursued by the national legislation as a whole.”⁹²

A precise reading of the unabridged considerations of the Court of Justice thus yields astonishing results:

First of all, the fact that the judgment deals with a tightening of Council Regulation (EC) No. 338/97 of 9 December 1996 on the protection of species of wild fauna and flora by regulating trade therein⁹³ deserves particular attention. According to the clarification in Art. 2 lit. b) and the recitals, this regulation in turn aims to implement the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES).⁹⁴ Without further elaborating on the CITES regime, it is undisputed that the Washington Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora - as its name suggests - is an instrument of species protection and accordingly differentiates in its annexes primarily according to the degree of endangerment.

In line with this objective, Regulation (EC) No. 338/97 is primarily devoted to imports and exports⁹⁵ and only deals with special constellations, such as regulatory deviations for captive-born and bred or artificially propagated specimens, on a secondary basis.⁹⁶ The species protection nature of the standard also explains the clarification in Recital No. 3 that, without prejudice to the provisions of this Regulation, member states may adopt or maintain more

⁹² ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 24 et seq.

⁹³ OJ No. L 061 of 3.3.1997, p. 1 et seq.

⁹⁴ See recitals No. 1 and 2 of Regulation (EC) No. 338/97.

⁹⁵ Cf. Art. 4 and Art. 5.

⁹⁶ Art. 7 No. 1.

stringent measures in compliance with the Treaty, in particular with regard to the possession of specimens of species covered by this Regulation. However, this protection of endangered species specified in international environmental law and specifically addressed in corresponding annexes has nothing to do, factually or legally, with the establishment of a positive list, based on animal ethics, for common domestic animals that are not endangered and are not covered under international law in the instrument in question. Rather, these "regulatory worlds" are so far apart that there can be no serious talk of the ECJ "endorsing a pet-based positive list approach". Consequently, the European Court of Justice explicitly points out that "the particular nature of the species in question" is decisive for its decision.⁹⁷

The European Court of Justice's comments on animal welfare and environmental protection then take the form of "reminders".⁹⁸ The ECJ does not choose this form of presentation when it is announcing something "sensationally new", but rather when it wants to refer to what is well known, i.e. "reminded". Accordingly, the relevant passages do not contain anything new, but merely reflect the Court's established case law, in particular on animal welfare in the context of the free movement of goods, which has already been presented above.

The ECJ then comments on the regulatory instrument of the negative list and states that such an approach "may not be

⁹⁷ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 30.

⁹⁸ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 27 - 29.

sufficient to achieve the objective of protection".⁹⁹ However, the expansion of the CITES regime sought by the Belgian government at the time makes it clear what the Court's assumption is based on. This is because the import in the sense of Art. 4 of Regulation (EC) No. 338/97, which took place through trade, brought new and partly completely unknown species onto the market. Therefore, under no circumstances can it be said that the European Court of Justice a) considers a positive list approach in the field of animal husbandry to be fundamentally preferable or b) would have approved of or even considered such an approach for pet animal husbandry. On the contrary, directly following this consideration, the European Court of Justice clearly points out that there can be no question of an ethically motivated exaggeration of animal welfare, at least when legal standards are applied:

„However, the Court has consistently held that legislation, such as that referred to in the main proceedings, which makes the holding of mammals subject to the prior inclusion of the species to which they belong in a positive list and which also applies to specimens of species which are legally held in other Member States is in compliance with Community law only if a number of conditions are satisfied (see, by analogy, *inter alia*, Case C-344/90 *Commission v France* [1992] ECR I-4719, paragraphs 8 and 16, and Case C-24/00 *Commission v France*, paragraph 25).“¹⁰⁰

⁹⁹ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 32.

¹⁰⁰ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 33.

The requirements for a positive list then laid down by the European Court of Justice - which, significantly, are not even mentioned by the proponents of transferring this approach to the pet sector in the context in question - are, on closer inspection, "tough": In the opinion of the Court of Justice, the following is required

- the list criteria are objective and non-discriminatory¹⁰¹,
- those affected must be enabled to add to the list in a generally valid legal act - i.e. by law¹⁰²,
- this procedure must be "easily accessible"¹⁰³,
- the corresponding procedure must be completed within a reasonable period of time and thus must not be unnecessarily prolonged by the authorities¹⁰⁴,
- the decision of the authorities may be challenged in a judicial procedure¹⁰⁵,
- the "keeping of specimens of this species actually constitutes a risk to the preservation or observance" of the above-mentioned protected interests¹⁰⁶, and

¹⁰¹ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 34.

¹⁰² ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 35.

¹⁰³ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 35.

¹⁰⁴ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 35.

¹⁰⁵ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 35.

¹⁰⁶ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 36.

- an application for keeping or listing may only be rejected by the authorities if the decision justifying a risk is "made on the basis of the most reliable scientific data available and the latest results of international research".¹⁰⁷

Only if

„it proves impossible to determine with certainty the existence or extent of the risk envisaged because of the insufficiency, inconclusiveness or imprecision of the results of the studies conducted, but the likelihood of real harm to human or animal health or to the environment persists should the risk materialise, the precautionary principle justifies the adoption of restrictive measures.“¹⁰⁸

Thus, the precautionary principle enshrined in Article 191 para. 2 sentence 2 TFEU in primary law - as a recognised cardinal principle of European environmental law¹⁰⁹ - only comes into play, following its usual preconditions, if a preventive reaction to a relevant suspected risk is to be taken in a situation of scientific uncertainty. Since the precautionary principle is probably one of the best-studied principles of European Union law, which was also fanned out in detail and in a way that is relevant for legal practice in a landmark Communication of the European Commission decades ago¹¹⁰, a fundamental presentation can be dispensed

¹⁰⁷ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 37.

¹⁰⁸ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 38.

¹⁰⁹ See Spranger, Die „history of safe use“ im europäischen Gentechnikrecht, in: NuR 2021, 746 (747 et seq.).

¹¹⁰ Of 2.2.2000, KOM (2000) 1 final.

with in the present context and reference made instead to the canon of precautionary research. As a legal principle, the precautionary principle is in any case tied to the existence of essential preconditions with regard to the opening of its scope of application and with regard to the options for action that may arise.

Therefore, the precautionary principle neither justifies a regulation based on "general suspicion" in the field of animal husbandry, nor does it exempt from the necessity of scientific analysis and evaluation. Above all, however, it must be emphasised in this context that the European Court of Justice - methodologically completely correct - allows the precautionary principle to be applied explicitly and exclusively at the level of risk management in the present decision.¹¹¹

This has the consequence that all other criteria mentioned above - which in fact do not aim at risk management, but at the realisation and enforceability of the rights of the persons concerned and are thus based on human rights or the rule of law - must of course also be fulfilled in a "precautionary situation". In other words, even in the case of a risk that cannot be excluded in a legally relevant sense, the precautionary principle would only allow for precautionary regulation - which, however, would have to be correctable and justiciable in the sense described, among other things.

In this context, another misunderstanding on the side of the positive list proponents must also be eliminated. It is argued there that it is precisely the situation of "lack of

¹¹¹ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 37 et seq.

scientific knowledge" that would justify inclusion in a positive list.¹¹² This maximally truncated view does not correspond to the traditional principles of application of the precautionary principle, as they are also applied by the European Court of Justice:

1. it is impossible to determine the risk,
2. there is nevertheless a probability of actual harm to human or animal health or to the environment.

The judgment also contains relevant statements with regard to the proportionality of state measures. First of all, the Court explicitly¹¹³ refers to paragraph 49 of its decision in the *Tridon* case with regard to proportionality considerations. There, in turn, it is stated that state prohibitions are to be regarded as stricter measures within the meaning of the proportionality doctrine.¹¹⁴ With regard to the specific case of the Belgian species protection positive list to be decided, it is then worth mentioning that the Court of Justice did not assume the proportionality of the regulation. On the contrary, the judgment explicitly states

„that the assessment to be made of the proportionality of a body of rules such as that at issue in the main proceedings, in particular as regards the question whether the objective sought could be achieved by

¹¹² Ziehm, *Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“*, 1. August 2022, p. 19 und p. 20.

¹¹³ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 19.

¹¹⁴ ECJ, Case C-510/99, decision of 23.10.2001, margin number 49; see also ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 20 and 23.

measures having less effect on intra-Community trade, cannot be carried out in the present case without additional information on that body of rules and on the implementation thereof. The assessment of the criteria established and of their application, of the scope of the derogations provided for in Article 3bis(2) of the animal welfare law and of the characteristics of the procedure for inclusion in the list, such as its accessibility and the possibilities of review where there is a refusal to include a species, requires a specific analysis on the basis, inter alia, of the various applicable provisions, previous practice and scientific studies, it being for the national court to make that analysis (see, to that effect, *Tridon*, paragraph 58)."¹¹⁵

The referring national court is then given a number of instructions to examine on the spot whether, and if so to what extent, the Belgian national rules meet the requirements of the principle of proportionality.¹¹⁶

(c) Interim results

The following relevant interim results can thus be noted:

The decision of the European Court of Justice on the "Belgian positive list", which is prominently referred to by proponents of a positive pet list, concerns Regulation (EC) No. 338/97, which is aimed at the implementation of CITES, and is therefore neither actually nor legally

¹¹⁵ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 41.

¹¹⁶ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 43.

transferable to the constellation of ubiquitous pet keeping that is of interest here.

But even if one wants to assume such transferability, accepting systematic and logical breaks, a not only selective analysis of the judgement shows that the ECJ has by no means made an animal welfare-related breakthrough of general justification standards for interventions in the free movement of goods. On the contrary, in view of the focus of the decision on species protection, general requirements for permissibility are laid down, which are intended to ensure the rights of those affected.

The proportionality of a positive list approach is not conclusively assessed by the ECJ. In this regard, quite decisive information on the absolutely necessary protection of the affected persons was missing, the examination of which the Court imposed on the referring court. Conversely, however, the absence of such safeguards indicates the disproportionality of a positive list in any case.

Following general dogma, the precautionary principle is by no means abused by the Court of Justice as a regulatory carte blanche, but is linked to the existence of a real risk, to the actual probability of damage occurring and to the lack of sustainable and scientifically valid information. Then - and only then - may the precautionary principle be applied.

If these findings are applied to the issue of interest in the present case, it becomes clear that the comments of the European Court of Justice on the Belgian species protection positive list for a national pet positive list cannot justify an interference with the free movement of goods for

reasons of animal welfare. Irrespective of this, the ECJ emphasises in the above-mentioned decision quite the contrary, the anthropocentric orientation of Union law as well as the full validity of all framework conditions of the free movement of goods also in dealing with animals. The Court also sets strict limits of proportionality.

(4) Environmental protection and biodiversity

Finally, environmental protection is of interest in the present case as an established justification in the case law of the ECJ. The court states in this respect:

„The Court has already held in its judgment of 7 February 1985 in Case 240/83 Procureur de la République v Association de défense des brûleurs d'huiles usagées ((1985)) ECR 531 that the protection of the environment is "one of the Community' s essential objectives", which may as such justify certain limitations of the principle of the free movement of goods . That view is moreover confirmed by the Single European Act . (...) In that regard, it must be pointed out that in its aforementioned judgment of 7 February 1985 the Court stated that measures adopted to protect the environment must not "go beyond the inevitable restrictions which are justified by the pursuit of the objective of environmental protection."¹¹⁷

Unlike in the case of legislative measures against invasive species, which at least indirectly aim to protect the

¹¹⁷ ECJ, Case 302/86, Coll 1988, I-4607, margin number 8 et seq.

environment, the relevant legislation on keeping pets is not designed to develop environmental protection effects.

It is questionable whether environmental protection in this sense also includes the protection of biological diversity. In fact, the proponents of a positive list of pets also point out the benefits to be expected for biological diversity.¹¹⁸ It is true that the information provided in this context is highly specific and, moreover, hardly documented¹¹⁹, so that in fact it is extremely doubtful that a German pet list could be expected to have any advantages at all for global biodiversity protection; In the interest of a comprehensive treatment of all legally relevant aspects, however, the legal viability of such a justification option should nevertheless be examined in more detail.

In the literature, the view is occasionally taken, with reference to the case law of the European Court of Justice, that the protection of biodiversity is a suitable justification in the context of the free movement of goods.¹²⁰ An analysis of the two judgments of the European Court of Justice referred to provides clarity in this respect. Because the first decision mentioned is about the

¹¹⁸ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 2 und p. 5 et seq.

¹¹⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 2 und p. 5 et seq.

¹²⁰ Haltern, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Ed. 2017, Art. 36 margin number 47, there, however, by establishing a connection to the "health and life of animals and plants". Cf. also Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Eds.), Europäisches Unionsrecht, 7. Ed 2015, Art. 36 AEUV margin number 61.

cross-border movement of bovine semen as part of agricultural production and about securing a sufficiently broad gene pool for breeding cattle, which is aimed at with certain specifications:

„Rules of a Member State which require private economic operators importing into its territory quantities of bovine semen from another Member State to store it, subject to a charge, in an authorized centre which enjoys an exclusive concession with regard to storage of the semen and insemination constitute such a barrier to imports. Since that requirement applies at the stage immediately following importation and imposes an economic burden on importers, it is liable to restrict the volume of imports.

Article 36 of the Treaty provides that the prohibition of restrictions on imports, exports and goods in transit is not to preclude measures of this nature if they are justified on grounds of the protection of health and life of humans and animals (see the judgment in Case 35/76 Simmenthal [1976] ECR 1871, paragraph 10).

However, the Court has consistently held that where, in application of Article 100 of the EEC Treaty, Community directives provide for the harmonization of the measures necessary to ensure inter alia the protection of animal and human health and establish Community procedures to check that they are observed, invoking Article 36 is no longer justified and the appropriate checks must be carried out and protective measures adopted within the framework outlined by the

harmonizing directive (see the judgments in Case 5/77 *Tedeschi v Denkavit* [1977] ECR 1555, paragraph 15, Case 148/78 *Ratti* [1979] ECR 1629, paragraph 36, Case 251/78 *Denkavit* [1979] ECR 3369, paragraph 14, and Case 190/87 *Moormann* [1988] ECR 4689, paragraph 10).

The French Government, relying on that case-law, claims that its rules are justified by the need to improve bovine stock genetically and by considerations of health.

As regards the reasons relating to the genetic improvement of bovine stock, it should be borne in mind that Article 2(1) of Directive 87/328, which is designed to remove zootechnical obstacles to intra-Community trade in bovine semen, requires Member States to remove all barriers to entry into, or use within, their territory of bovine semen imported from other Member States in accordance with the conditions laid down in Article 4 of the directive (see paragraph 9 above). Secondly, Article 2 of Directive 91/174 provides that marketing of semen of pure-bred animals may not be prohibited, restricted or impeded on pedigree grounds. It follows from those provisions that zootechnical and pedigree requirements have been fully harmonized at Community level.

So far as health considerations are concerned, they are the subject of Directive 88/407, Article 1 of which provides that the directive is to apply to intra-Community trade in, and imports from third countries of, deep-frozen semen of domestic animals of the bovine species. Article 3 of the directive and Annex C, which lay down the general conditions

applicable to intra-Community trade in bovine semen, mention only the collection and processing of semen in the Member State of dispatch and transport to the State of destination. Thus, no provision in the directive deals with the storage or use of semen in the State of destination.

It follows that health conditions in intra-Community trade in bovine semen have not yet been fully harmonized at Community level in relation to the State for which the semen is destined. Member States may therefore rely on health grounds in impeding the free movement of bovine semen, provided that the restrictions on intra-Community trade are in proportion to the aim in view.

In order to ascertain that the restrictive effects on intra-Community trade of the rules at issue do not exceed what is necessary to achieve the aim in view, it must be considered whether those effects are direct, indirect or purely speculative and whether those effects do not impede the marketing of imported products more than the marketing of national products (see the judgment in Case C-169/91 B & Q [1992] ECR I-6635, paragraph 15).

Article 2(3) of the French Decree of 24 January 1989 imposes an obligation requiring only imported semen to be stored in approved centres. However, according to the explanations provided by the French Government at the hearing and not contested by the other intervening parties, a similar obligation exists in relation to semen produced within France owing to the monopoly held by the insemination centres, since only those

centres are authorized to produce and store semen in France.

So far as the practical effects of the obligation regarding the storage of semen are concerned, it cannot be ruled out that, even though this restriction applies without distinction to domestic and imported products, the latter may be placed at a disadvantage in relation to domestic production. Since in the present case the national legislation does not lay down provisions governing the conditions of storage and, in particular, the price to be paid by the importer to the approved centre, and since this price is generally fixed on a flat-rate basis, there are no provisions preventing the approved centres from applying unreasonable conditions for storage of semen imported by individuals.

The question whether the operation of the approved centres, so far as the conditions for storing semen are concerned, entails in practice discrimination against the imported product is one of fact which the national court must determine.

The answer to the second question must therefore be that Articles 30 and 36 of the Treaty, considered together, Article 2 of Council Directive 77/504/EEC of 25 July 1977 on pure-bred breeding animals of the bovine species and Article 4 of Council Directive 87/328/EEC of 18 June 1987 on the acceptance for breeding purposes of pure-bred breeding animals of the bovine species must be interpreted as not precluding national rules that require economic operators who import semen from a Member State of the Community to

deliver it to an approved insemination or production centre."¹²¹

The second judgment also relates to aspects that are aimed exclusively at securing food production. The case there concerned prior state authorization for the release of oysters from other member states and mussels of native species, and here in particular the question of whether the intended conservation of the relevant biological diversity and conservation of fish species in the interests of fisheries aim at the "protection of animal life" within the meaning of Art. 36 TFEU.¹²²

Both decisions therefore relate to an issue of animal husbandry in the area of agricultural production that falls within the competence of the Union and here in particular aspects of the genetic diversity of livestock for food production. This does not even begin to address a question that affects the concept of biodiversity in the sense of the Convention on Biological Diversity. Art. 2 of this international environmental law convention, which characterizes the legal protection of biodiversity, defines "biological diversity" as follows:

„"Biological diversity" means the variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems."

¹²¹ ECJ, Case C-323/93, decision of 05.10.1994, margin number 29 et seq.

¹²² ECJ, Case C-249/07, decision of 04.12.2008.

Irrespective of the fact that this term gives rise to sometimes intensive discourses in relation to all of its components in scientific discourse and without all the legal implications of this concept of use having to be further fanned out here, it can be stated for the question of interest here that "biological diversity" in the maximum sense of international environmental law cannot be equated with the highly specific "genetic diversity" in the sense of agricultural law.

b. Other Fundamental Freedoms

The free movement of goods is rightly the focus of the examination under Union law. However, it must not be forgotten that a national positive list of pets would also affect other fundamental freedoms. This applies in particular to the freedom to provide services.

aa. Freedom to provide services

Article 56 et seq. TFEU defines services as all services that are generally provided for a fee.¹²³ According to Art. 57 para. 2 TFEU, services in this sense are in particular: (a) activities of an industrial character; (b) activities of a commercial character; (c) activities of craftsmen; (d) activities of the professions. The freedom to provide services covers all cases of cross-border active and passive, but also the virtual provision of services, i.e. ultimately all aspects of the supply of and demand for the corresponding services.¹²⁴

¹²³ Art. 57 para. 1 TFEU.

¹²⁴ Streinz, *Europarecht*, 10. Ed. 2016, margin number 943 et seq.

It should go without saying that a national positive list of pets, which would largely "dry up" the German pet market, would also have dramatic consequences for service providers from other EU countries, since previously permitted services in relation to certain species due to a lack of inclusion in the positive list should no longer be offered or provided. With a view to sufficiently specialized service providers, a national positive list can thus prove to be a de facto national ban on providing services.

Since similar criteria apply to the justification of state restrictions for all fundamental freedoms, a uniform examination process is usually assumed for all market freedoms.¹²⁵ Since the lack of a viable justification was already addressed in the context of the statements on the free movement of goods, there is no need to go into more detail here. The violation of the free movement of goods described here also indicates a violation of the freedom to provide services.

bb. Freedom of movement of capital

The freedom of capital movements is addressed in Art. 63 et seq. TFEU. In this context, the freedom of movement of capital includes, above all, the freedom to invest effectively.¹²⁶ It is probably indisputable that a national pet positive list would have a lasting impact on foreign investments in the German pet market. Given the volumes of certain market segments, investments from other EU

¹²⁵ Herdegen, *Europarecht*, 24. Ed. 2023, § 18 II.

¹²⁶

Cf.

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/39/der-freie-kapitalverkehr> (03.05.2023).

countries cannot be dismissed as a purely theoretical phenomenon either. For the reasons already mentioned, there would also be no viable justification for intervention with regard to the free movement of capital, with the consequence that a violation of this fundamental freedom must be assumed.

2. Charter of Fundamental Rights

In addition to market freedoms, the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)¹²⁷ provides fundamental rights barriers for measures of the Union. The Charter is legally equivalent to the primary law of the Treaties¹²⁸, but applies to the institutions and bodies of the Union in compliance with the principle of subsidiarity and to the Member States when implementing Union law.¹²⁹ This shows that the Charter of Fundamental Rights would not be a central standard for a national positive list, but would rather come into play if the European legislator were to take action. Accordingly, it will be considered separately in the context mentioned.¹³⁰

3. Supplementary: Union positive list?

The above comments exclusively referred to the question of whether a national pet positive list would be compatible with higher-ranking Union law. This question was answered negatively for the reasons explained in more detail. Even if the mandate focuses on the constellation of a national positive list, for reasons of completeness, the question

¹²⁷ OJ No. C-364 of 18.12.2000, p. 1 et seq.

¹²⁸ Art. 6 para. 1 TEU.

¹²⁹ Art. 51 para. 1 CFR.

¹³⁰ See below under c.

must also be addressed as to whether the European Union would be authorised to independently implement a pet positive list with comparable results. However, such an approach would fail for at least two reasons:

a. Lack of legislative competence for animal welfare

European primary law mentions animal welfare in a prominent place. Already in Part One of the TFEU, Art. 13 states:

"In formulating and implementing the Union's agriculture, fisheries, transport, internal market, research and technological development and space policies, the Union and the Member States shall, since animals are sentient beings, pay full regard to the welfare requirements of animals, while respecting the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites, cultural traditions and regional heritage."

This provision represents a central component for the recognition of animal welfare as an objective in the general interest, as also reflected in the aforementioned decision of the European Court of Justice on the Belgian list of protected species.¹³¹ However, according to the prevailing opinion, this recognition does not imply a legislative competence of the European Union.¹³² Neither from Art. 13 TFEU nor from the overall view with other provisions of the TFEU can an independent competence of the

¹³¹ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 27 et seq.

¹³² Heselerhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Ed. 2017, Art. 13 AEUV margin number 19 et seq.

EU for animal protection be derived.¹³³ As was already the case before the entry into force of the Treaty of Lisbon, animal protection measures are thus to be based exclusively on sectoral competence norms - namely in the field of agricultural policy (Art. 43 TFEU).¹³⁴ Accordingly, the European Commission also strictly points out that the Union has no competence at all, for example, to regulate the use of animals in competitions, animal shows, cultural and sporting events such as bullfights, dog fights or dog races.¹³⁵

Overall, however, this means that the path to a Union-wide positive list in the pet animal sector would be doomed to failure already due to the Union's lack of legislative competence in this area.

¹³³133 Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 1. Ed. 2017, Art. 13 AEUV margin number 19; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), *EUV/AEUV*, 6. Ed. 2022, Art. 13 margin number 12; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 78. supplement January 2023, Art. 13 AEUV margin number 8; see also Ziehm, *Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“*, 1. August 2022, p. 11.

¹³⁴ Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), *EUV/AEUV*, 6. Ed. 2022, Art. 13 margin number 12; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, 78. supplement January 2023, Art. 13 AEUV margin number 8. Cf. also the European Commission's assessment in this regard: https://food.ec.europa.eu/animals/animal-welfare_en#introduction (22.03.2023). See also Broom, *Animal Welfare in the European Union*, edited by the Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017.

¹³⁵ Streinz, in: Streinz (Ed.), *EUV/AEUV*, 3. Ed 2018, Art. 13 AEUV margin number 9 with reference to Breier, in: Lenz/Borchardt (Eds.), *AEUV*, 5. Ed. 2010, Art. 13 margin number 9.

aa. In particular: Regulation (EC) No. 338/97 in the light of Art. 193 TFEU

The proponents of a pet positive list also point out the lack of legislative competence of the Union for animal protection law¹³⁶, but then first present Regulation (EC) No. 338/97 under the heading "no conflicting Union law"¹³⁷ before discussing the "strengthening of protection, Art. 193 TFEU".¹³⁸ The quintessence of this line of thought is then as follows:

"Article 193 TFEU and the third recital of Regulation (EC) No 338/97 thus in principle authorise the Member States to take enhanced protection measures in relation to the Regulation on the protection of species.

This authorisation concerns all animal species covered by the Endangered Species Regulation; it is not limited to mammal species, for example.

For the animal species not covered by the Species Protection Regulation, the Member States - in the absence of relevant secondary Union law - have an original regulatory power for "pet keeping" from the

¹³⁶ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 11; Without author (Fratini Vergano European Lawyers), Establishing an EU positive list: a feasible legal basis, 2. December 2022, p. 4.

¹³⁷ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 11 et seq.

¹³⁸ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 13 et seq.

outset. However, here too - just as with regard to the animal species covered by the Species Protection Regulation - primary law and, in this respect, in particular the compatibility of national measures in the form of positive lists with the principle of the free movement of goods must of course be taken into account".¹³⁹

This line of argumentation reveals several contradictions and distortions with methodological and dogmatic foundations. For example, it is not possible to construct recitals of a secondary legal act of the European Union - regardless of the relevance of recitals for the interpretation of norms¹⁴⁰ - as an "authorisation basis".¹⁴¹ Thus, it would have been necessary to at least address Art. 11 para. 1 of Regulation (EC) No. 338/97, which at least transforms the idea of stricter member state measures into the legally binding part of the regulation.

Regardless of such fundamental questions, however, it can be stated that the view presented would result in a supposed legislative competence of the Union for "exotic" pet animals. This is because a member state extension of the CITES regime to species not covered by Regulation (EC) No. 338/97 could, if interpreted extensively by a national legislator, under certain circumstances be used to regulate an almost unforeseeable range of "exotic" pet animals with reference to the described reading of Art. 193 TFEU and to

¹³⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 14; translation by the author.

¹⁴⁰ Wegener, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed. 2022, Art. 19 EUV margin number 32.

¹⁴¹ Gump, Stellenwert der Erwägungsgründe in der Methodenlehre des Unionsrechts, in: ZfPW 2022, 446 et seq.

describe the corresponding requirements as necessary under species protection law. In fact, the proponents of a positive pet list therefore also use species protection narratives to support their own position and complain that not enough species are covered by the CITES regime and that demand needs to be reduced.¹⁴² Against this background, it is necessary to fundamentally address the prerequisites and limitations of member states' leeway according to Article 193 TFEU, which will be done in the following.

bb. On the limitations of the strengthening of protection within the meaning of Article 193 TFEU

Art. 193 TFEU reads as follows:

"The protective measures adopted pursuant to Article 192 shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures. Such measures must be compatible with the Treaties. They shall be notified to the Commission."

The referenced Article 192 TFEU then recalls the objectives set out in Article 191 TFEU. As the cardinal norm of the Union's environmental policy, Art. 191 TFEU finally stipulates the following:

"1. Union policy on the environment shall contribute to pursuit of the following objectives:

- preserving, protecting and improving the quality of the environment,

¹⁴² Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 7.

- protecting human health,

- prudent and rational utilisation of natural resources,

- promoting measures at international level to deal with regional or worldwide environmental problems, and in particular combating climate change.

2. Union policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay.

In this context, harmonisation measures answering environmental protection requirements shall include, where appropriate, a safeguard clause allowing Member States to take provisional measures, for non-economic environmental reasons, subject to a procedure of inspection by the Union.

3. In preparing its policy on the environment, the Union shall take account of:

- available scientific and technical data,

- environmental conditions in the various regions of the Union,

- the potential benefits and costs of action or lack of action,

- the economic and social development of the Union as a whole and the balanced development of its regions.

4. Within their respective spheres of competence, the Union and the Member States shall cooperate with third countries and with the competent international organisations. The arrangements for Union cooperation may be the subject of agreements between the Union and the third parties concerned.

The previous subparagraph shall be without prejudice to Member States' competence to negotiate in international bodies and to conclude international agreements."

The room for manoeuvre opened up by Article 193 TFEU for special approaches by member states is tied to various preconditions or is subject to specific restrictions:

aaa. Restriction to specific environmental protection objectives

The wording and rationale of Art. 193 TFEU mean that the pursuit of other, additional objectives to those in the secondary legislation in question is inadmissible.¹⁴³ It is therefore not possible to invoke the provision with recourse to other objectives, such as consumer or health

¹⁴³ ECJ, Case C-43/14, decision of 26.2.2015, margin number 25; Heselerhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Ed. 2017, Art. 193 AEUV margin number 27.

protection.¹⁴⁴ The melange of different aspects of climate protection, health protection, public safety or biodiversity protection¹⁴⁵ constructed by the proponents of a pet positive list is thus diametrically opposed to an activation of Article 193 TFEU.

The provision thus clearly - and as far as can be seen: undisputedly - does not represent a normative Trojan horse for the member states, by means of which all possible policies may be realised under the guise of environmental protection. Rather, a clear focus on the environmental policy objective of the secondary legislation to be "strengthened" is required, with strict adherence to the scientific principle of Article 191 para. 3, first indent, TFEU. Thus, member states could use Art. 193 TFEU - exclusively - to pursue recognised CITES objectives on a scientific basis by means of supplementary measures. A general positive pet list could therefore not be justified with reference to Article 193 TFEU.

bbb. Absence of a legal act to be strengthened

A point of view that is comparable in terms of its orientation, but methodologically correct and to be considered in a differentiated manner, concerns the necessity of a secondary legal act to be reinforced. For the question of the objectives that can be permissibly

¹⁴⁴ ECJ, Case C-43/14, decision of 26.2.2015, margin number 25; Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Ed. 2017, Art. 193 AEUV margin number 27; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Eds.), Umweltrecht, Werkstand: 99. Supplement September 2022, Art. 193 AEUV margin number 16.

¹⁴⁵ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 3 et seq.

pursued by recourse to Art. 193 TFEU is not congruent with the question of the quality of the legal source of the legal act to be reinforced or whether a legal act in the narrower sense is required at all.

The fact is that Art. 193 TFEU refers to the ordinary legislative procedure of Art. 192 TFEU, which then has to implement the environmental focus of Art. 191 TFEU. From this it is concluded - as far as can be seen: undisputed - that regulation on the part of the European Union is required in any case.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Ed. 2015, Art. 193 AEUV margin number 5; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Eds.), *Umweltrecht*, 99. supplement September 2022, Art. 193 AEUV margin number 16.

(1) Union law

As explained above¹⁴⁷, the law of the European Union does not know any specific animal protection law (for which there would also be no legislative competence), but only area-specific regulations on animal protection. Thus, there is already no Union legal act that could be strengthened. Theoretically, it would only be conceivable to supplement the CITES regime - which is strictly required under species protection law and thus scientifically proven - but not to extend the CITES regime to a general pet positive list under the guise of Regulation (EC) No. 338/97. Union law therefore does not know of any suitable secondary legislation to be reinforced via Article 193 TFEU.

(2) Obligations of the Union under international law

Beyond original secondary legal acts of the European Union, the prevailing opinion assumes that international conventions to which the European Union is a party also constitute regulations that may be reinforced by member states via Art. 193 TFEU.¹⁴⁸ This brings the international Pet Convention of the Council of Europe, already discussed in the introduction¹⁴⁹, back into the focus of further considerations. However, whereas previously the question was what effects the general possibility of strengthening protection under international law in the form of Article 2 para. 3 of the Pet Convention would have on a German pet

¹⁴⁷ See above under a.

¹⁴⁸ Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Ed. 2015, Art. 193 AEUV margin number 5; Scherer/Heselhaus, in: Dausen/Ludwigs (Eds.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 57. supplement August 2022, Chapter O Umweltrecht, margin number 165.

¹⁴⁹ See under II.2.a.

positive list, it is now necessary to clarify whether the possibility of strengthening protection under EU law, which is specifically focused on environmental protection, under Article 193 TFEU extends to the Pet Convention and thus opens up possible regulatory leeway for the Member States of the Union.

In view of the specifics of Art. 193 TFEU, but also against the background of the completely different regulatory subject matter of the Pet Convention compared to the CITES regime, for example, this is a question that is similar in normative terms, but different in detail. However, the details of this specificity do not need to be elaborated further in the present case. The European Union has refrained from signing and ratifying the Pet Convention.¹⁵⁰ Irrespective of the fact that the Convention does not even have any significant political relevance in the legal area of the European Union¹⁵¹, it is in any case not a legal act of the European Union or not a regulation that could be reinforced by Member States by way of Article 193 TFEU.

(3) Interim result

Thus, with regard to the issue of a pet positive list that is of interest here, there is already no European Union regulation, however localisable, that could be reinforced by way of Article 193 TFEU.

¹⁵⁰ <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=signatures-by-treaty&treatyid=125> (28.03.2023).

¹⁵¹ Cf. Follow up to the European Parliament resolution on the establishment of an EU legal framework for the protection of pets and stray animals, adopted by the Commission on 26 September 2012, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/spdoc.do?i=21848&j=0&l=en> (29.03.2023).

ccc. Prohibition of alternative protection concepts

The question of whether or under which conditions Article 193 TFEU allows not only quantitative but also qualitative increases in protection and what effects this in turn has on the member state's commitment to protection concepts under Union law is the subject of an extremely detailed and multi-faceted discussion¹⁵², which does not need to be reproduced here in all its finer details, since certain basic convictions - as far as can be discerned - are undisputed. For example, it is generally accepted that Article 193 TFEU aims at a higher standard of protection, but does not open the door to a supposed "right of experimentation" by the member states.¹⁵³ Thus, only decentralised regulations with optimising content are permissible.¹⁵⁴

This assessment is also followed by the European Court of Justice in its constant case law, which considers minor fine-tuning, e.g. in terms of liability law, to be permissible¹⁵⁵, but otherwise points out that concepts not provided for in the regulation to be strengthened may not

¹⁵² Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Ed. 2015, Art. 193 AEUV margin number 7; Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 1. Ed. 2017, Art. 193 AEUV margin number 30 et seq; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Eds.), *Umweltrecht*, 99. supplement September 2022, Art. 193 AEUV margin number 17 et seq.

¹⁵³ Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 1. Ed. 2017, Art. 193 AEUV margin number 30; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Eds.), *Umweltrecht*, 99. supplement September 2022, Art. 193 AEUV margin number 17.

¹⁵⁴ Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), *EUV/AEUV*, 6. Ed. 2022, Art. 193 AEUV margin number 7.

¹⁵⁵ ECJ, Case C-534/13, decision of 4.3.2015, margin number 61.

be implemented.¹⁵⁶ Even simple "limit values and measurement criteria provided for in a national measure (under Article 193 TFEU) (must) follow the same orientation towards environmental protection as (the secondary legislation)".¹⁵⁷ According to the Court of Justice, it is thus essential that the national measure under Art. 193 TFEU "pursues the same objectives"¹⁵⁸ as the secondary act in question and is also otherwise "consistent" with it.¹⁵⁹ In case of doubt, the decisive factor here is whether the national measure in question is consistent with the environmental policy objective of the secondary act or whether it runs counter to it.¹⁶⁰

The only secondary legislation named by the proponents of a pet positive list - and which, on closer examination, has at least homoeopathic points of contact with the topic of interest - is Regulation (EC) No. 338/97. It has already been explained that the focus of this CITES regime is of a completely different nature than the considerations used in the context of the positive list discussion. Merely for the sake of completeness, it should be pointed out that the environmental policy objective of Regulation (EC) No. 338/97 is indeed defined in a very specific and thus narrow manner. In a prominent place, recitals 1 and 2 to the Regulation state the following:

¹⁵⁶ ECJ, Case C-534/13, decision of 4.3.2015, margin number 62.

¹⁵⁷ ECJ, Case C-6/03, decision of 14.4.2005, margin number 41.

¹⁵⁸ ECJ, Case C-6/03, decision of 14.4.2005, margin number 49; ECJ, Case C-2/10, decision of 21.7.2011, margin number 50.

¹⁵⁹ ECJ, Case C-6/03, decision of 14.4.2005, margin number 52.

¹⁶⁰ Heselerhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Ed. 2017, Art. 193 AEUV margin number 31.

"(1) Whereas Regulation (EEC) No 3626/82 (4) applies the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora in the Community with effect from 1 January 1984; whereas the purpose of the Convention is to protect endangered species of fauna and flora through controls on international trade in specimens of those species;

(2) Whereas, in order to improve the protection of species of wild fauna and flora which are threatened by trade or likely to be so threatened, Regulation (EEC) No 3626/82 must be replaced by a Regulation taking account of the scientific knowledge acquired since its adoption and the current structure of trade; whereas, moreover, the abolition of controls at internal borders resulting from the Single Market necessitates the adoption of stricter trade control measures at the Community's external borders, with documents and goods being checked at the customs office at the border where they are introduced".

Even more clearly, in the legally binding part of Regulation (EC) No 338/97, Article 1 defining the objectives states:

"The object of this Regulation is to protect species of wild fauna and flora and to guarantee their conservation by regulating trade therein in accordance with the following Articles."

The Annexes then formulated in accordance with Art. 3 of Regulation (EC) No. 338/97 subsequently follow the negative listing approach, in that the free tradability of species is only restricted if a corresponding listing has been

made. Looking at this framework in the light of the prohibition of alternative concepts of protection, two key findings emerge:

(1) Everyman-based pet focus as an impermissible alternative conception of protection

The detachment from the specific requirements for dealing with (potentially) endangered species under the regulatory umbrella of the CITES regime, which would go hand in hand with a pet positive list, would already prove to be an inadmissible alternative conservation concept. For CITES

- addresses trade and not other forms of handling
- covers not only animals but also plants
- aims to protect in situ occurrences
- identifies species to be protected on an ad hoc basis
- follows the anthropocentric focus of the law without restriction and thus also covers trade in products derived from protected species, such as ivory, caviar, wood products, medicines or taxidermied animals.

A positive list concerning pet keeping in general, not based on endangerment status but on animal welfare aspects, would therefore not be an extension of this regime in any way, but structurally something completely different¹⁶¹, an "aliud" in the legal sense.

¹⁶¹ With regard to this criterion: Scherer/Heselhaus, in: Dausen/Ludwigs (Eds.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts,

(2) Positive list approach as an inadmissible alternative concept of protection

Regardless of the structural distortions described above, which in themselves already bear the condemnation of an inadmissible alternative concept of protection, it is important to point out another aspect that would also lead to a pet positive list going beyond the limits of what is permissible under Article 193 TFEU. The Washington Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora contains three annexes dedicated to animal and plant species that require different levels of protection: Annex I contains species threatened with extinction, Annex II is intended to counteract actions that could endanger the continued existence of the species in question, and Annex III deals with species that enjoy protection in (at least) one contracting state, which is why the state in question wishes to use the CITES regime.¹⁶² Currently¹⁶³, CITES covers 6,610 animal species and 34,310 plant species.¹⁶⁴

The listing of a species in one of the annexes triggers clear legal obligations. All imports, exports, re-exports and marine movements of species covered by the Convention must be authorised under a permit system. Each Party to the Convention must designate one or more enforcement authorities to administer this permit system, as well as one or more scientific authorities to advise it on the impact of trade on the status of species.¹⁶⁵

57. supplement August 2022, Chapter O Umweltrecht, margin number 166.

¹⁶² <https://cites.org/eng/disc/how.php> (30.03.2023).

¹⁶³ Status: 23.02.2023.

¹⁶⁴ <https://cites.org/eng/disc/species.php> (30.03.2023).

¹⁶⁵ <https://cites.org/eng/disc/how.php> (30.03.2023).

Thus, the Annex system of the CITES regime indisputably follows a negative-listing approach. Trade is thus inadmissible or restricted exclusively with regard to the species listed in the Appendices. Conversely, all non-listed animal and plant species and the products derived from them can be traded without restriction from a species conservation perspective. CITES thus pursues the approach of free tradability of all animal and plant species, which can only be broken in exceptional cases and in the manner described. The approach of a comprehensive ban with a reservation of exceptions that goes hand in hand with a pet positive list therefore actually follows a completely "reversed system".¹⁶⁶

It is not only recognised in German administrative and constitutional law that the legal effects of these two different approaches are conceivably large and, above all, different.¹⁶⁷ Also in the light of the free movement of goods, but also under WTO law, a ban with freedom of permission is by definition a maximum encroachment on the rights of the individuals and traders concerned. A pet positive list thus follows a completely different regulatory philosophy compared to the current approach of the CITES regime. This change in regulatory philosophy represents nothing other than a completely different

¹⁶⁶ See also Ziehm, *Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“*, 1. August 2022, p. 12.

¹⁶⁷ Stück, *Datenschutz = Tatenschutz? Ausgewählte datenschutz- und arbeitsrechtliche Aspekte nach DSGVO sowie BDSG 2018 bei präventiver und repressiver Compliance*, in: CCZ 2020, 77 et seq.

conception of protection¹⁶⁸ - which, as described, is inadmissible under the umbrella of Art. 193 TFEU.

ddd. Compatibility with the Treaties

Art. 193 sentence 2 TFEU requires full compatibility of "protection-enhancing measures" with the Treaties. In this respect, the free movement of goods is particularly relevant.¹⁶⁹ The fact that a national pet positive list would be incompatible with the free movement of goods and other fundamental freedoms has already been stated elsewhere¹⁷⁰, so that reference can be made here to the corresponding statements. Thus, in the event of the introduction of a national pet positive list, the requirements of Article 193 sentence 2 TFEU are also not met.

eee. Other: Notification requirement and breach of contract

Art. 193 sentence 3 TFEU establishes a notification requirement vis-à-vis the Commission in the event that Member States make use of the option under Art. 193 TFEU. The notification procedure is declaratory in nature; however, in the event of a violation of Art. 193 sentence 3 TFEU, there is the threat of infringement proceedings.¹⁷¹

¹⁶⁸ See also Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Ed. 2015, Art. 193 AEUV margin number 8.

¹⁶⁹ Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Ed. 2015, Art. 193 AEUV margin number 11; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), *EUV/AEUV*, 6. Ed. 2022, Art. 193 AEUV margin number 11. See also Kahl, in: Streinz (Ed.), *EUV/AEUV*, 3. Ed. 2018, Art. 193 AEUV margin number 22.

¹⁷⁰ See under III.1.

¹⁷¹ Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), *EUV/AEUV*, 6. Ed. 2022, Art. 193 AEUV margin number 15.

What is relevant in this context, however, is the statement that the Commission and other Member States can also have it clarified by way of infringement proceedings whether - which would be the case here - a member state has wrongly invoked Art. 193 TFEU.¹⁷²

fff. Interim result

As an interim result, it can thus be stated that Art. 193 TFEU could not be activated in the case of a pet positive list for a variety of reasons. In particular, there is no legal act "capable of being reinforced" and the fundamental paradigm shift openly communicated by the representatives of a positive list represents an inadmissible exchange of regulatory philosophy under the umbrella of Art. 193 TFEU. Art. 193 TFEU is thus completely inapplicable in the present case, which incidentally reflects the general realisation that Art. 193 TFEU hardly has any practical relevance.¹⁷³ If the Federal Republic of Germany - as comprehensively explained above: wrongly - were to invoke Art. 193 TFEU in order to introduce a national pet positive list, the initiation of infringement proceedings, in particular by the Commission, would be preordained.

¹⁷² Kahl, in: Streinz (Ed.), EUV/AEUV, 3. Ed. 2018, Art. 193 AEUV margin number 28.

¹⁷³ Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Eds.), Europäisches Unionsrecht, 7. Ed. 2015, Art. 193 AEUV margin number 15; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed. 2022, Art. 193 AEUV margin number 2.

b. No internal market harmonisation

It is occasionally pointed out that Art. 114 TFEU would provide a viable basis for a Union-wide pet positive list.¹⁷⁴ On closer examination, however, this is not the case.

Article 114 para. 1 TFEU¹⁷⁵ reads as follows:

"Save where otherwise provided in the Treaties, the following provisions shall apply for the achievement of the objectives set out in Article 26. The European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, adopt the measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market."

The referenced Art. 26 TFEU¹⁷⁶ then addresses the internal market. Article 26 para. 1 TFEU reads as follows:

"The Union shall adopt measures with the aim of establishing or ensuring the functioning of the

¹⁷⁴ Without author (Fratini Vergano European Lawyers), Establishing an EU positive list: a feasible legal basis, 2. December 2022, p. 7. The fact that an introductory footnote in this opinion points out that the document in question was prepared exclusively on the basis of information provided by the commissioning Eurogroup for Animals and that all publications cited were also provided exclusively by the commissioning party is extremely unusual, but will not be discussed further here.

¹⁷⁵ Ex Art. 95 ECT.

¹⁷⁶ Ex Art. 14 ECT.

internal market, in accordance with the relevant provisions of the Treaties."

Art. 114 TFEU thus proves to be a general law approximation competence for the realisation of the internal market.¹⁷⁷

aa. No analogy to the seal trade case-law

The statements of the European Court of Justice in Case C-398/13 P on trade in seal products¹⁷⁸ are considered¹⁷⁹ decisive for the applicability of Art. 114 TFEU. In this judgment, the European Court of Justice fully confirms the considerations of the Court of First Instance („General Court“)¹⁸⁰ of the European Union in Case T-526/10¹⁸¹, so that for further considerations, both decisions are to be taken as a whole; however, since the assessments of the Court of First Instance are significantly more detailed than the statements of the Court of Justice, the findings of the Court of First Instance are of particular interest.

First of all, it is true that it is irrelevant in purely quantitative terms how many member states have already adopted trade-relevant regulations or at least plan to do so; thus, no minimum quorum is required in order to be able to affirm the possibility of internal market relevance.¹⁸² It is also true that the economic scope of the activities

¹⁷⁷ See Korte, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed. 2022, Art. 114 AEUV margin number 11.

¹⁷⁸ ECJ, Case C-398/13 P, decision of 3.9.2015.

¹⁷⁹ Without author (Fratini Vergano European Lawyers), Establishing an EU positive list: a feasible legal basis, 2. Dezember 2022, p. 7.

¹⁸⁰ Art. 256 TFEU.

¹⁸¹ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013.

¹⁸² General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 49 et seq.

in question does not have to be of a minimum size either.¹⁸³ However, according to the case law of the European Court of Justice, "appreciable distortions of competition" are required - "if this condition were not met, there would be practically no limits to the competence of the Community legislature."¹⁸⁴

Without having to make the necessary delimitations in detail in this case, the derivation of a legislative competence for a Union-wide positive list from Article 114 TFEU is, however, fundamentally ruled out for overriding reasons. The decisive factor here is the fact that, according to settled case law, Article 114 TFEU only comes into play if trade-related regulations are actually involved. The Court of Justice of the European Union states the following in this respect:

"It is also settled case-law that the object of measures adopted on the basis of Article 95(1) EC must genuinely be to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market. While a mere finding of disparities between national rules and the abstract risk of infringements of fundamental freedoms or distortion of competition is not sufficient to justify the choice of Article 95 EC as a legal basis, the Union legislature may have recourse to it in particular where there are differences between national rules which are such as to obstruct the fundamental freedoms and thus have a direct effect on the functioning of the internal

¹⁸³ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 55.

¹⁸⁴ ECJ, Case C-376/98, decision of 5. 10. 2000, margin number 107.

market (Case C-58/08 Vodafone and Others [2010] ECR I-4999, paragraph 32 and the case-law cited).

Recourse to that provision is also possible if the aim is to prevent the emergence of such obstacles to trade resulting from the divergent development of national laws. However, the emergence of such obstacles must be likely and the measure in question must be designed to prevent them (Vodafone and Others, paragraph 28 above, paragraph 33 and the case-law cited).

However, it must be borne in mind that recourse to Article 95 EC is not justified where the measure to be adopted has only the incidental effect of harmonising market conditions within the Union (Case C-209/97 Commission v Council [1999] ECR I-8067, paragraph 35 and the case-law cited)."¹⁸⁵

With all the understanding shown for the concerns of animal welfare¹⁸⁶, the court comes to a clear conclusion apodictically with regard to the regulations on trade in seal products:

"In the present case it is clear from the basic regulation that its principal objective is not to safeguard the welfare of animals but to improve the functioning of the internal market."¹⁸⁷

¹⁸⁵ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 28 et seq.

¹⁸⁶ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 42.

¹⁸⁷ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 35.

The Court based this assessment very substantially on the recitals to the relevant Regulation (EC) No. 1007/2009 on trade in seal products¹⁸⁸, in which animal welfare aspects are mentioned, but which are in themselves "neutral for the internal market" and only trigger a need for harmonisation because "the hunting of seals has led to expressions of serious concerns by members of the public and governments sensitive to animal welfare considerations due to the pain, distress, fear and other forms of suffering which the killing and skinning of seals, as they are most frequently performed, cause to those animals"¹⁸⁹ and for this reason there has been regulatory "fragmentation of the internal market"¹⁹⁰, which has also posed particular challenges to consumers because confusingly similar parallel products have been on the market: "The existence of such diverse provisions may further discourage consumers from buying products not made from seals, but which may not be easily distinguishable from similar goods made from seals, or products which may include elements or ingredients obtained from seals without this being clearly recognisable, such as furs, Omega-3 capsules and oils and leather goods."¹⁹¹

bb. Preliminary: internal market and commodity quality of animals

The latter aspect in particular is extremely interesting for the context of interest in the present case, because while the court confirms that national regulations enacted for animal protection reasons, which lead to a relevant trade barrier and thus to an internal market problem, are

¹⁸⁸ OJ No. L 286 of 31.10.2009, p. 36 et seq.

¹⁸⁹ Recital No. 4.

¹⁹⁰ Recital No. 10..

¹⁹¹ Recital No. 7.

"open to harmonisation" provided that the further conditions are met - at the same time, however, the "commodity quality" of animals and the products derived from animals is not only not criticised as such, but quite the contrary is even explicitly confirmed: If animals were not goods, there would be no possibility of trade and thus no potential internal market relevance.

In other words, anyone who wants to base a Union positive list on internal market harmonisation must hereby explicitly acknowledge the anthropocentric orientation of existing law on the one hand and, above all, the commodity quality of animals on the other. This may explain why prominent voices in the German positive list discussion explicitly do not (sic!) refer to Art. 114 TFE¹⁹² and, conversely, the proponents of using Art. 114 TFEU explicitly emphasise that this norm only represents "feasible legal basis for adopting an EU positive list having as its primary objective the improvement of the conditions for the establishment and the functioning of the internal market."¹⁹³ From the point of view of the proponents of a pet positive list, Article 114 TFEU is likely to prove to be an argumentative boomerang, as its application would lead to a normative cementing of the quality of animals and products derived from animals.

Nevertheless, a closer analysis of Union case law shows that the applicability of Art. 114 TFEU is out of the question anyway for various reasons.

¹⁹² Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022.

¹⁹³ Without author (Fratini Vergano European Lawyers), Establishing an EU positive list: a feasible legal basis, 2. Dezember 2022, p. 7.

cc. No "indignation of consumers and governments".

Although animal welfare aspects and related consumer interests were decisive for the regulatory fragmentation of the internal market in the manner described, the assumption to be derived from this that differently regulated animal welfare aspects allow recourse to Article 114 TFEU would be erroneous. The Court of Justice of the European Union and, following it, the European Court of Justice rightly emphasise the impairment of the internal market, which is indispensable for an activation of Art. 114 TFEU. The fact that normatively different concepts of pet animal protection are pursued in different member states is clearly not sufficient in this respect. Rather, animal welfare-related distortions are required that reach a significant level in terms of internal market law.

The Court of First Instance of the European Union therefore rightly refers to the recitals to Regulation (EC) No 1007/2009, which explicitly refer to the "indignation" of "citizens and governments" in reaction to the seal killings.¹⁹⁴ In fact, protests by the French actress Brigitte Bardot led to the issue of the seal hunt becoming known to a wider public (only) since 1976; the killing of seals, which are beaten to death with so-called hakapiks, has since received enormous media attention¹⁹⁵, especially since opponents of the seal hunt claim that young seals are skinned alive.¹⁹⁶ Against this background, it is completely understandable that many consumers did not want to buy seal products - for example in the form of omega 3 capsules -

¹⁹⁴ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 38.

¹⁹⁵ Cf. <https://de.wikipedia.org/wiki/Robbenjagd> (20.04.2023).

¹⁹⁶ <https://de.wikipedia.org/wiki/Robbenjagd> (20.04.2023).

and that the indistinguishability of these products from many others had a very significant effect on purchasing behaviour. In addition, EU law attaches particular importance to consumer protection¹⁹⁷ and the European Court of Justice has created the legal concept of the "informed consumer".¹⁹⁸ It cannot be seriously argued that private pet ownership leads to similar "outrage" on the part of consumers or governments. On the contrary, it is obvious, even on a purely quantitative basis, that private pet keeping is so widespread throughout Europe that it is not the keeping, but the positive list-related restriction on keeping that gives rise to outrage.

dd. No risk of confusion

In the case law of the Court of First Instance of the European Union and the European Court of Justice, which is of interest in the present case, the internal market effects of the existing likelihood of confusion of incriminated products on the one hand and products considered to be uncritical on the other hand are very significantly taken into account.¹⁹⁹ It is pointed out several times that consumers are deprived of the possibility of making an informed purchase decision because there is a lack of clear distinguishability.²⁰⁰ The question of whether a far-reaching ban on incriminated products in such a constellation is actually the right reaction of the legislator does not need to be of further interest in the present case. Rather, what is relevant is the fact that

¹⁹⁷ Art. 169 para. 1 TFEU, Art. 38 CFR.

¹⁹⁸ Recently: ECJ, Case C-595/21, decision of 01.12.2022.

¹⁹⁹ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 44, 45, 47.

²⁰⁰ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 44, 45, 47.

case law - based on the legal concept of the "informed consumer"²⁰¹ - states that the distortions of the internal market that occur in such a constellation are, as it were, the "straw that breaks the camel's back".

If one transfers these basic considerations to the constellation of interest in the present case, it becomes apparent that no risk of confusion can be identified. With the exception of the established and functioning CITES law, all pet animals are in principle freely tradable. In other respects, too, no distortions are discernible that could be remedied by means of a pet positive list. Anyone who is critical of the private keeping of pets, for whatever reason, simply does not buy a pet in the first place. In this respect, there is no need for "education" or protection of critical consumers who need to be "educated" due to the lack of differentiation.

ee. No internal market focus

Probably the most important argument against the viability of Art. 114 TFEU, however, arises from a closer look at the interaction between Art. 114 para. 1 TFEU and the Art. 26 para. 1 TFEU mentioned there. For Art. 26 para. 1 TFEU explicitly aims at "realising" - i.e. promoting as far as possible - the internal market. Against this background, complete or far-reaching bans on certain products or goods are not logically excluded, but they are diametrically opposed to the protection of the internal market and therefore require special analysis:

²⁰¹ Recently: ECJ, Case C-595/21, decision of 01.12.2022.

"(T)he approximation (must) contribute to the realisation, i.e. the improvement of the internal market. This requirement of a positive internal market effect can no longer be derived from Article 3 para. 1 (h) ECT, but at least from Article 26 para. 1 TFEU, since its regulatory mandate is limited to the "necessary measures". It requires an overall view, so that the secondary legislation does not have to lead to complete liberalisation, but can also contain prohibitions in implementation of social or environmental policy concerns, depending on their scope or subject matter. However, there is no positive internal market effect if the harmonisation of laws is neutral, peripheral or even obstructive to the internal market in toto, especially because it only reacts to the risk or possibility of an impairment of fundamental freedom or distortion of competition by national law. What is needed is an actual measurable, not pretended, contribution to the realisation of the internal market".²⁰²

This assessment is not only shared by the European Court of Justice²⁰³, but also - as far as can be seen - meets with exclusive agreement in the literature.²⁰⁴ However, if it is a mandatory prerequisite for the activation of Article 114 TFEU that the legal provisions based on it "are intended to

²⁰² Korte, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed. 2022, Art. 114 AEUV margin number 50 with further references.

²⁰³ ECJ, Case C-491/01, decision of 10.12.2002, margin number 60; ECJ, Case C-434/02, decision of 14.12.2004, margin number 30.

²⁰⁴ Herrnfeld, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Eds.), EU-Kommentar, 4. Ed. 2019, Art. 114 AEUV margin number 8 et seq.; Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Eds.), Das Recht der Europäischen Union, 78. supplement January 2023, Art. 114 AEUV margin number 102 et seq.

improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market and must actually pursue this objective by contributing to the removal of obstacles to the free movement of goods or services or to the elimination of distortions of competition", then it follows from this for an activation of Article 114 TFEU that the legal provisions based on it "are intended to improve the conditions for the establishment and functioning of the internal market and must actually pursue this objective by contributing to the elimination of obstacles to the free movement of goods or services or to the elimination of distortions of competition"²⁰⁵, the following results from this for a "realisation of the internal market by means of prohibitions"²⁰⁶:

Prohibitions do not represent a fundamentally and without exception inadmissible means of maintaining the internal market, but can in certain cases certainly be an appropriate means of optimising the internal market. However, the mandate to be taken from the internal market promotion requirement of Article 26 TFEU and the fundamental direction of action of prohibitions mean that prohibitions are only capable of "realising" the internal market in rare exceptions²⁰⁷ and, moreover, must produce a liberalisation gain when viewed as a whole.²⁰⁸ To put it in a nutshell: by definition, bans regularly constitute obstacles to free trade and not its basis.

²⁰⁵ Cf. ECJ, Case C-491/01, decision of 10.12.2002, margin number 60.

²⁰⁶ Fundamentally: Classen, Verbote im Binnenmarktrecht, in: EuZW 2015, 854 et seq.

²⁰⁷ Classen, Verbote im Binnenmarktrecht, in: EuZW 2015, 854 (855).

²⁰⁸ Classen, Verbote im Binnenmarktrecht, in: EuZW 2015, 854 (857).

If this hurdle can - exceptionally - be overcome, the relevant prohibition clauses must have a clear internal market focus. Although bundles of motives do not prevent such a focus, the internal market effect must not occur by chance or as an "accepted" side effect of completely differently motivated actions, or even be merely pretended. It should also be pointed out that according to the established case law of the European Court of Justice, the mere finding of differences between national legal systems does not per se justify their harmonisation.²⁰⁹ The case law on seal products has expressly endorsed this assessment.²¹⁰

Applied to the case of a pet positive list, this shows a complete incompatibility with the idea of the internal market. As already shown, the proponents of such a list put forward a potpourri of very different objectives to be pursued with such a regulatory approach²¹¹ - the dismantling of trade barriers or the improvement of the internal market are decidedly not among them. On the contrary, there is naturally a certain reluctance to even recognise the tradability of pets. In fact, the widespread drying up of trade in pet animals that would go hand in hand with a Union positive list (and, as a consequence, also the very predominant collapse of all markets for pet-related products and services) would have dramatic detrimental effects on the internal market. Art. 114 is inapplicable for this reason in particular.

²⁰⁹ ECJ, Case C-376/98, decision of 5.10.2000, margin number 83.

²¹⁰ General Court, Case T-526/10, decision of 25.4.2013, margin number 28.

²¹¹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 3 et seq.

ff. Interim result

All bases of authorisation or competences in favour of the Union, which are even remotely possible, do not apply in the case of the establishment of a Union-wide EU positive list. Thus, there is already no viable basis of competence for action by the Union.

c. Binding to fundamental freedoms and rights

In addition to the lack of legislative competence, there are further obstacles of a substantive nature. The decisive factor here is the fact that the Union is bound in its actions by both the Charter of Fundamental Rights (hereinafter: CFR)²¹² and the fundamental freedoms. At first glance, the second part of this finding may seem surprising, since the fundamental freedoms were originally conceived as protective mechanisms against member state measures that impede the internal market. However, the European Court of Justice quickly cleared the way for the Union institutions themselves to be bound²¹³, which at the same time reflects the fundamental rights-like character of the fundamental freedoms. Without having to go into the finer details of this approach here, the above considerations on fundamental freedoms would also apply without restriction to a positive list initiated by the European Union. Such a list would therefore also be materially contrary to primary law for the reasons already mentioned.

²¹² Art. 51 para. 1 CFR.

²¹³ ECJ, Case C-114/96, decision of 25.06.1997, margin number 27.

While the fundamental freedoms have already been the subject of the explanations, the corresponding explanations are still required with regard to the fundamental rights of the Charter. In the event of the introduction of a positive list by the Union, it would be conceivable that there would be conflicts with the freedom to choose an occupation, the guarantee of property and the protection against discrimination.

aa. Professional freedom

Art. 15 para. 1 CFR guarantees every person the right to work and to pursue a freely chosen or accepted profession. This provision, which protects both natural and legal persons²¹⁴, presupposes a comprehensive and uniform freedom of occupation.²¹⁵ Furthermore, according to Art. 15 para. 2 CFR, all Union citizens have the freedom to seek employment, to work, to establish themselves or to provide services in any Member State. Interference in the area protected in this way can be of a direct and indirect nature, whereby it must be taken into account that, for

²¹⁴ Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 2. Ed. 2018, Art. 15 GrCh margin number 5; Grabenwarter, in: Grabenwarter. (Ed.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 2014, § 13 margin number 12; Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar*, 1. Ed. 2017, Art. 15 GrCh margin number 6; Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Eds.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Ed. 2022, Art. 15 GrCh margin number 13.

²¹⁵ Differentiations between access to and practice of the profession familiar to German law therefore play no role; cf. Wollenschläger, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Ed. 2015, Art. 15 GrCh margin number 40; Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar*, 1. Ed. 2017, Art. 15 GrCh margin number 8; Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Eds.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Ed. 2022, Art. 15 GrCh margin number 14.

teleological reasons, a broad understanding of interference is used as a basis.²¹⁶

The central standards of the justification of encroachment are laid down by Art. 52 para.1 CFR.²¹⁷ Any restriction on the exercise of the rights and freedoms recognised in the Basic Law must be provided for by law and respect the essence of these rights and freedoms (Art. 52 para. 1 sentence 1 CFR). In compliance with the principle of proportionality, restrictions may only be made if they are necessary and actually correspond to the objectives of the common good recognised by the Union or to the requirements of the protection of the rights and freedoms of others (Art. 52 para. 1 sentence 2 CFR). This results in a triad of tests, which includes a general legal reservation, the reference to relevant public interest objectives, as well as a proportionality test.²¹⁸

Whether the freedom to conduct a business under Article 16 CFR is to be considered of independent importance alongside the freedom to exercise an occupation under Article 15 CFR still requires final clarification. In particular, the case law of the ECJ does not yet provide a clear line of reasoning on the question of whether Art. 16 CFR is to be examined as an original provision or only in conjunction

²¹⁶ Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar*, 1. Ed. 2017, Art. 15 GrCh margin number 15 et seq.

²¹⁷ In general: Bühler, *Einschränkungen von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, 2005; Besselink, *The Protection of Human Rights post-Lisbon*, in: Laffranque (Ed.), *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon*, 2012, p. 63 et seq.; Riedel, *Die Grundrechtsprüfung durch den EuGH*, 2020.

²¹⁸ Cf. Jarass, in: Jarass. (Ed.), *Charta der Grundrechte der EU*, 4. Ed. 2021, Art. 15 margin number 13 et seq.

with Art. 15 CFR.²¹⁹ It would probably be more appropriate to refer to Art. 15 CFR in relation to personality-related measures and to place Art. 16 CFR in the foreground of the examination in relation to company-related restrictions.²²⁰ In any case, it is a fact that Art. 16 CFR and Art. 15 CFR are almost completely parallel.²²¹

The violation of the fundamental freedoms examined above, which was affirmed in the result, certainly has a certain indicative effect for Art. 15 and 16 CFR, for an impairment of professional activities that are contrary to Union law and which are to be attributed to the fundamental freedoms can hardly be classified as justified in the light of the Charter. Consequently, Recital 3 to the Charter of Fundamental Rights explicitly refers to the fundamental freedoms of the TFEU; building on this, the following Recital 4 then clarifies that the Charter wishes to "make more visible" the fundamental rights inherent in the fundamental freedoms. Thus, the fundamental rights themselves, by their very objective, take up the ongoing guarantee of the fundamental freedoms.²²² In particular, the

²¹⁹ See: Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar*, 1. Ed. 2017, Art. 15 GrCh margin number 22 and 25; see also Everson/Gonçalves, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, Art. 16 margin number 16.01 ff. and 16.11 ff.

²²⁰ Grabenwarter, in: Grabenwarter. (Ed.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 2014, § 13 margin number 25; Jarass, in: Jarass (Ed.), *Charta der Grundrechte der EU*, 4. Ed. 2021, Art. 15 margin number 4.

²²¹ Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar*, 1. Ed. 2017, Art. 16 GrCh margin number 13; Jarass, in: Jarass (Ed.), *Charta der Grundrechte der EU*, 4. Ed. 2021, Art. 15 margin number 5; Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Eds.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Ed. 2022, Art. 15 GrCh margin number 1.

²²² Frenz, *Annäherung von europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten*, in: *NVwZ* 2011, 961 (963); Skouris, *Die*

measure of a positive list would therefore also be disproportionate in the sense of Art. 52 para. 1 CFR. Since the proportionality test of Art. 52 para. 1 CFR is structurally identical to the constitutional proportionality test²²³, reference can be made to the following statements in order to avoid repetitions.²²⁴

bb. Guarantee of Property

The right to property granted by Article 17 CFR has, due to its pan-European roots, a structure that differs in detail from the concept of property in Article 14 of the Basic Law. The protection of the established and exercised business appears therefore rather doubtful within the framework of Art. 17 CFR.²²⁵ What is undoubtedly protected, however, are "pecuniary rights from which, with regard to the legal system, a secure legal position arises which enables an independent exercise of these rights by and for the benefit of their holder".²²⁶ Furthermore, all rights in rem in movable and immovable property are covered by the protection, in particular property in rem²²⁷, which, according to the European Court of Justice, also includes ownership of animals.²²⁸

Rolle der Grundfreiheiten in der Europäischen Wirtschaftsverfassung und ihr Verhältnis zur Grundrechte-Charta, in: Ellger/Schweitzer (Eds.), Die Verfassung der europäischen Wirtschaft, 2018, p. 53 (68).

²²³ Jarass, in: Jarass (Ed.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Ed. 2021, Art. 17 margin number 34 et seq.

²²⁴ See under IV.4.

²²⁵ Cf. Jarass, in: Jarass (Ed.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Ed. 2021, Art. 17 margin number 13.

²²⁶ ECJ, Case C-283/11, decision of 22.01.2013, margin number 34.

²²⁷ Jarass, in: Jarass (Ed.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Ed. 2021, Art. 17 margin number 9.

²²⁸ ECJ, Case C-20/00 and C-64/00, decision of 10.07.2003, margin number 67 et seq.

Art. 17 para. 1 CFR specify various criteria for the deprivation and modification of property positions:

"Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest."

The European Court of Justice points out in this respect that in the case of deprivations, the requirements of Article 52 para. 1 CFR must also be fulfilled²²⁹, because otherwise there would be distortions in the structure of fundamental rights. Thus, above all, the principle of proportionality must be observed. In the case of "mere" restrictions on use, on the other hand, Article 52 para. 1 CFR is the sole standard of review²³⁰; as a result, however, all justification tests are largely consistent.²³¹

The manifold effects of a positive list on concrete property positions - from the ownership of animals themselves to the already existing stock of goods of various service providers - would naturally be extensive and severe. It is conceivable that individual facets of a positive list would deprive specific individual items, whereas other components of the measure would act more as a

²²⁹ ECJ, Case C- 235/17, decision of 21.05.2019, margin number 88.

²³⁰ ECJ, Case C-258/14, decision of 13.06.2017, margin number 53.

²³¹ Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), Frankfurter Kommentar, 1. Ed. 2017, Art. 17 GrCh margin number 25.

restriction on use. In the absence of a concretely assessable measure by the Union legislator, no more specific statements are possible at present. However, as already mentioned with regard to the freedom of occupation, it must be pointed out that the infringement of fundamental freedoms associated with a Union list would certainly "spill over" to the level of fundamental rights, so that the assumption of an infringement of Art. 17 CFR is justified in various respects.

cc. Protection against Discrimination

Whereas Art. 20 CFR establishes a general principle of equality, Art. 21 CFR contains specific prohibitions of arbitrariness. In the jurisprudence of the European Court of Justice, these rights are usually combined into a uniform principle of equal treatment/prohibition of unequal treatment.²³² Since the core of any equality test is the identification of the comparative groups considered relevant by the legislator and, based on this, the analysis of the different categories of cases, there is a lack of sufficiently concrete indications for a detailed test here as well. Of central importance, however, is the realisation that Art. 20 and 21 CFR, as relevant standards of review, would set the appropriate limits to measures of the Union,

²³² On this and on the criticism voiced in the literature in this respect: Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde (Eds.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, 1. Ed. 2017, Art. 20 GrCh margin number 15.

IV. Constitutional law

The constitutional parameters of dealing with pets have already been comprehensively described elsewhere, so that reference can be made to the corresponding basic principles.²³³ However, a more in-depth discussion is required here of those arguments of a constitutional nature that have been developed or are being put forward specifically with regard to the discussion on the introduction of a pet positive list. The following explanations are initially chronologically oriented to the corresponding contributions to the discussion, so that conversely questions of the methodological correctness of this order are not taken up.

1. Constitutional requirement for action under Article 20a of the Basic Law

In the discussion on the introduction of a pet positive list, the assessment is made that legislative action is unavoidable because the constitutional framework conditions would ultimately result in a "reduction of discretion to zero":

"This means that the German legislator cannot only act against the background of international and Union law by means of a positive list for the legal keeping of "pets". Its scope for action in this regard is also significantly reduced by the precautionary principle and Article 20a of the Basic Law, § 1 of the Animal

²³³ Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018.

Protection Act (TierSchG) to a requirement for appropriate action".²³⁴

Such a construction is, of course, not sustainable from a legal point of view. Irrespective of the fact that it is already dogmatically impossible to mix the precautionary principle enshrined in EU law, a constitutional state objective provision and a federal provision of special administrative law - and thus legal acts of the most diverse character and provenance - for the purpose of creating a supposed legal principle, the following may be stated in the required brevity:

The precautionary principle contained in Art. 191 TFEU is indeed legally binding, but according to - as far as can be seen - completely undisputed opinion not in a directly applicable manner.²³⁵ Neither does an EU citizen have a right to legislative action based on Art. 191 TFEU, nor are specific legal standards imposed on the legislator. Rather, the EU institutions have a wide margin of appreciation and creative freedom in the implementation of environmental policy.²³⁶ The guarantee of absolute, immediate and global environmental protection is therefore not required in the light of Art. 191 TFEU.²³⁷

²³⁴ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 29, whereby the relevant words are additionally emphasised by bold type in the original; translation by the author.

²³⁵ Streinz, in: Streinz (Ed.), EUV/AEUV, 3. Ed. 2018, Art. 191 AEUV margin number 47.

²³⁶ Streinz, in: Streinz (Ed.), EUV/AEUV, 3. Ed. 2018, Art. 191 AEUV margin number 49.

²³⁷ Streinz, in: Streinz (Ed.), EUV/AEUV, 3. Ed. 2018, Art. 191 AEUV margin number 49.

With regard to Article 20a of the Basic Law, the result is no different. First of all, it can be stated that Article 20a of the Basic Law transforms basic ideas of the precautionary principle into the national constitutional order²³⁸, so that the statements made on the precautionary principle also require application here. Article 20a of the Basic Law is a constitutional value decision²³⁹ that is to be concretised primarily by the legislature.²⁴⁰ Here, the legislature has a broad prerogative of assessment, so that the obligations under Article 20a of the Basic Law are hardly justiciable in practice and the limit of what is permissible is only exceeded if the legislative measures are completely unsuitable.²⁴¹

The derivation of concrete legislative mandates from Article 20a GG can thus be considered excluded.²⁴² If this already applies in general, it is all the more impossible to construct a "legislative mandate" when it concerns a highly specific subject of regulation, for the regulation of which a completely new regulatory philosophy²⁴³ is to be

²³⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Eds.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Ed. 2022, Art. 20a margin number 1; Calliess, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 99. supplement September 2022, Art. 20a margin number 109.

²³⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Eds.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Ed. 2022, Art. 20a margin number 1.

²⁴⁰ Schultze-Fielitz, in: Dreier (Ed.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Ed. 2015, Art. 20a margin number 67; Rux, in: Epping/Hillgruber (Eds.), BeckOK Grundgesetz, 54. supplement, 15.02.2023, Art. 20a margin number 27.

²⁴¹ Schultze-Fielitz, in: Dreier (Ed.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Ed. 2015, Art. 20a margin number 71; Rux, in: Epping/Hillgruber (Eds.), BeckOK Grundgesetz, 54. supplement, 15.02.2023, Art. 20a margin number 30 et seq.

²⁴² Schultze-Fielitz, in: Dreier (Ed.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Ed. 2015, Art. 20a margin number 71.

²⁴³ See above under III.3.a.

developed and implemented, breaking with traditional regulations. Therefore, there is no legislative requirement for the introduction of a positive pet list.

2. Freedom of occupation under Article 12 para. 1 of the Basic Law

With regard to the cardinal fundamental right of freedom of occupation, the proponents of a pet positive list make the following assessment:

"In accordance with the mandate, the present expert opinion "only" examines the admissibility of a positive list for the keeping of "pets". Accordingly, the proposed regulation concerns the keeping of animals for private purposes and consequently only affects the trade in "pets".

The keeping of and trade in animals for commercial purposes are therefore not addressed, so that the fundamental right of freedom of occupation under Article 12 para. 1 of the Basic Law is not affected with regard to zoos and the like, for example, and there is no need for an exemption in this respect.

This also applies to "animal traders". They can still trade in animals of species that are not on the positive list but are to be kept for commercial purposes. However, the regulation to be adopted should provide criteria that enable the trader to effectively verify the proof of commercial keeping (...).

The occupational profile of the "animal trader" is therefore not affected to a large extent, so that it

is already questionable whether the regulation proposed here would even have a tendency to regulate the profession and whether the scope of protection of Article 12 para. 1 of the Basic Law would be infringed at all.

Even if one were to assume this here with a view to the future inadmissibility of trade in animals of species that are on a positive list and are to be kept as "pets", the following applies:

The fundamental right of freedom of occupation under Article 12 para. 1 of the Basic Law, as a fundamental economic right, is dependent on legislative design. This means that the legislature can shape and change freedom of occupation. This is expressly recognised for freedom of occupation with the power to regulate occupational profiles.

Accordingly, the legislature can restrict the commercial trade in "pets" that are to be kept for private purposes. In doing so, it is (solely) bound by the standard of proportionality of the regulation.

The state objective of animal protection is part of the constitutional order. However, it is not compatible with Article 20a of the Basic Law if animal species are kept as "pets" that are not suitable for this purpose (...). In view of the overriding reasons of animal protection as well as the protection of species and biodiversity and the protection of human health and public safety, which are decisive here,

there is nothing apparent for a disproportionality of the intended regulation."²⁴⁴

These constitutionally surprising submissions require a step-by-step analysis, which is provided below:

a. On the scope of protection of professional freedom

The attempt to fragment the scope of protection of freedom of occupation by means of unrealistic tricks in order to "talk down" the effects on the activities and fields of action protected by Article 12 para. 1 of the Basic Law is already irritating. Irrespective of the fact that not only the trade in animals for zoos and comparable institutions, but of course also the trade in pets for commercial purposes takes place²⁴⁵, the cited statements follow a relativising narrative according to which many activities would remain unaffected by a pet positive list, and that "only" the pet trade for private individuals would be affected. From a quantitative and economic point of view, it must be made clear that the trade in zoo animals is negligible compared to the trade in pets:

Protected zoo animals are regularly transferred between zoos and the receiving zoo usually bears the transport costs. In some cases, however, the transport costs are also borne by the zoo that transfers the animal to another zoo. A real "trade" in the sense of professional law does not take place here from the outset. Only small zoo animals

²⁴⁴ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 34 et seq. with further references; translation by the author.

²⁴⁵ In fact, no semantic misunderstanding seems to be decisive for the corresponding remarks.

that are not protected are bought by zoos from traders, e.g. in the field of aquaristics. However, there are no surveys on this and the figures are hardly measurable in comparison to the conventional pet trade.

However, qualitative considerations of the applicable constitutional law are incomparably more relevant for the constitutional assessment. According to the established jurisprudence of the Federal Constitutional Court, freedom of occupation extends to any gainful activity that is of a permanent nature and serves to create and maintain a livelihood.²⁴⁶ In principle, any professional activity is covered.²⁴⁷ Trade in pets therefore enjoys the full protection of freedom of occupation - the same applies, of course, to the production of and trade in pet food, accessories or other products and services designed for pet keeping, but also, of course, to commercial breeding, the services offered by veterinarians, dog schools, pet exchanges, pet boarding kennels, etc.. All these pet-related activities enjoy constitutional protection via Article 12 para. 1 of the Basic Law. The reference to the legislature's general power to regulate the structure of professions²⁴⁸ does not change this finding in the slightest. In particular, it does not change the requirement for a "clean" fundamental rights examination.

For the sake of completeness, it should be pointed out that the case law of the Federal Constitutional Court cited to

²⁴⁶ Instead of many: BVerfG, NJW 2004, 2363 with further references.

²⁴⁷ Instead of many: BVerfG, NJW 2004, 2363 with further references.

²⁴⁸ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 35.

justify the "power to regulate occupational profiles" is by no means evidence of legislative carte blanche. On the contrary. For example, the cited decision on the Hufbeschlaggesetz states:

"The complainants, who have chosen the profession of farrier or hoof technician, run schools for hoof care and hoof technology or teach at such schools, have had their right to free choice of profession violated by the challenged provisions of the recast Farriery Act 2006 (HufBeschlG 2006), which is protected by Article 12 para. 1 of the Basic Law, to the extent that the professions they practise are subjected to the licensing requirements for farriers.

By the Farriery Act 2006, the legislature unified the professions of farrier, farrier technician and farrier into a single profession.

When unifying several professions, it must be taken into account that the definition of occupational profiles and the establishment of subjective admission requirements interfere with the freedom of choice of occupation protected by Article 12 para. 1 of the Basic Law (...).

With the new regulation, the legislator also pursues the goal of protecting a particularly important common good, namely to promote animal welfare by ensuring the quality of hoof care.

However, the subjective professional licensing requirements that have been created with the merger of

the professions place an unreasonable burden on the complainants.

By reserving barefoot care to state-approved farriers, the new regulation abolishes the professions of farrier and hoof technician for the future.

The intensity of this interference in the freedom of choice of profession is out of proportion to the advantages that can be achieved by merging the professions for the benefit of improved animal welfare by ensuring the quality of hoof care.

The quality of hoof care can also be ensured by making access to the profession of hoof carer as well as hoof technician dependent on the acquisition and proof of the theoretical knowledge necessary to select the respective indicated method from the entire spectrum of care and thus including hoof protection materials including iron shoeing, to advise animal owners accordingly and, if necessary, to refer them to farriers.

It violates the principle of proportionality if a professional applicant is required to have knowledge and skills that are disproportionate to the planned activity (...).

The violation of the complainants' freedom of profession leads to the nullity of the essential (...) challenged provisions."²⁴⁹

²⁴⁹ BVerfGE 119, 59 ff, Guideline sentences 1 and 2; translation by the author.

A look at this decision of the Federal Constitutional Court shows two things:

- Any permanent action in dealing with animals aimed at creating a financial livelihood enjoys the protection of freedom of occupation under Article 12 para. 1 of the Basic Law.

- Animal welfare considerations do not constitute a legislative *carte blanche*, but must be sufficiently normatively implemented to meet the requirements of Article 12 para. 1 of the Basic Law.

All attempts to minimise the effects of a pet positive list on the manifold activities covered by the scope of protection of Article 12 para. 1 of the Basic Law are therefore unconvincing.

b. The tendency to regulate professions

Since almost every state action has some effect on some profession, it is undisputed that there is a need for a corrective to prevent the unrestrained application of freedom of occupation.²⁵⁰ Consequently, the Federal Constitutional Court expresses in constant case law:

"Art. 12 para.1 GG guarantees the freedom of professional activity. On the one hand, the protection of this fundamental right is comprehensive, as shown by the explicit mention of the choice of occupation, the choice of place of training and workplace, and the

²⁵⁰ See just: Kämmerer, in: von Münch/Kunig (Eds.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Ed. 2021, Art. 12 margin number 89.

practice of one's profession. On the other hand, however, it only protects against impairments that are specifically related to professional activity. It is therefore not sufficient that a legal norm or its application has repercussions on professional activity under certain circumstances. Article 12 para. 1 of the Basic Law only has a protective effect against such norms or acts which either relate directly to professional activity or which at least have an objective tendency to regulate professional activity"²⁵¹

Differences in judgement, which become apparent when analysing the case law on the tendency to regulate professions²⁵², lead to criticism of the legal concept, as does the fact that the constitutional protection of Article 12 para. 1 of the Basic Law must not be weakened. This is because the "multitude of purposes that today can be associated with a certain state measure and are associated with it, but also the variety of means of shaping public policy, particularly in the area of economic policy, prohibit a reduction of the defence effect under fundamental rights to certain forms of state intervention".²⁵³ However, without these rather academic discussions having to be fanned out further, the relevance of Article 12 para. 1 of the Basic Law can nevertheless be attested. For on the one hand, there is a tendency to regulate the profession; on the other hand, the serious

²⁵¹ BVerfGE 129, 208 (266 f.) with further references; translation by the author. See also in general: Spranger, *Heimtierhaltung und Verfassungsrecht*, 2018, p. 57 et seq.

²⁵² Kämmerer, in: von Münch/Kunig (Eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 7. Ed. 2021, Art. 12 margin number 89 et seq.

²⁵³ Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Eds.), *Grundgesetz*, 7. Ed. 2018, Art. 12 margin number 75.

side-effects of state action that are accepted are regarded as alternative proof of an encroachment on the freedom to exercise one's profession.

aa. On the existence of a tendency to regulate the profession

According to the case-law of the Federal Constitutional Court, an occupation-regulating tendency exists at any rate if a provision, according to the history of its creation and its content, primarily concerns activities that are typically exercised in an occupation.²⁵⁴ It is therefore not sufficient that a legal norm or its application only has repercussions on professional activities under certain circumstances.²⁵⁵ Therefore, compulsory memberships linked to economic activities, the general authorisations of general security and regulatory law or claims for damages under civil law are uncritical because they are "profession-neutral".²⁵⁶

This shows that a pet positive list is inevitably accompanied by a tendency to regulate the profession. Whether it is the trade in animals, the trade in pet products, the holding of trade events such as fairs, the provision of pet-related services or veterinary examinations of pets: all these activities are typically, and in some cases even necessarily, carried out exclusively on a professional basis. The effects of a pet positive list

²⁵⁴ BVerfGE 97, 228 (254); agreeing: Mann/Worthmann: Berufsfreiheit (Art. 12 GG) - Strukturen und Problemkonstellationen, in: JuS 2013, 385 (389).

²⁵⁵ BVerfGE 106, 275 (299).

²⁵⁶ Mann/Worthmann: Berufsfreiheit (Art. 12 GG) - Strukturen und Problemkonstellationen, in: JuS 2013, 385 (389) with further references.

would also exclusively²⁵⁷ affect the members of these professions and would thus not be a constitutionally irrelevant reflex. Such reflexes would be relevant, for example, if a freelance journalist were able to publish fewer texts related to pets as a result of a new legal regulation and the resulting insolvency of some trade journals. The differences are obvious, as such a constellation relates to the "suppliers" of the professions concerned. On the other hand, the entire "pet industry" would be directly affected by a positive list.

It should only be mentioned in addition that the proponents of a positive pet list point out in a proposed regulation that a new section 13 of the Animal Protection Act would also have to contain "requirements for the proof of commercial keeping".²⁵⁸ Likewise, it is freely conceded that the positive list is about "restricting the commercial trade in "pets" to be kept for private purposes."²⁵⁹

Not only the requirements for commercial keeping situations, but the entire positive list would therefore even qualify as final professional regulation.²⁶⁰ The same applies, for example, to trade fair organisers or private breeders who sell at least some of the animals they breed. As explained²⁶¹, Article 12 para. 1 of the Basic Law protects activities aimed at making a profit even if they

²⁵⁷ This applies, for example, with regard to the required licence for veterinarians..

²⁵⁸ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 34.

²⁵⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 35.

²⁶⁰ Kämmerer, in: von Münch/Kunig (Eds.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Ed. 2021, Art. 12 margin number 90.

²⁶¹ See above under a.

are merely a secondary activity or part of a hobby activity accompanied by financial incentives. A positive list covering private pet keeping would therefore necessarily also cover such private breeding, which constitutes a further final occupational regulation.

bb. Interim result

A pet positive list would constitute a final professional regulation. With regard to all the effects of a positive list for the various stakeholders of the "pet industry", a tendency to regulate the profession would have to be affirmed as a substitute.

cc. On the figure of foreseeable serious impairments

In additio²⁶² to the legal figure of a tendency to regulate the profession, there is also the figure of foreseeable serious impairments of the freedom of profession of the affected companies. The Federal Administrative Court has consistently held that severe impairments of the freedom to pursue an occupation, which are not intended but are ultimately "tolerated" by state measures, constitute an encroachment on Article 12 para. 1 of the Basic Law:

"Art. GG Article 12 para. 1 of the Basic Law protects, inter alia, free entrepreneurial activity serving profit-making purposes. Within the framework of the existing economic order, the conduct of the entrepreneur in competition is a component of this entrepreneurial activity (cf. BVerwGE 87, 37 (39) = NJW 1991, 1766). A comparative product test, such as

²⁶² Mann, in: Sachs (Ed.), Grundgesetz, 9. Ed. 2021, Art. 12 margin number 95.

the one conducted by the defendant, can have a lasting influence on the competitive position of the entrepreneurs affected by it. In its judgement of 18 April 1985 (BVerwGE 71, 182 (194)) on the publication of pharmaceutical transparency lists, the Senate considered official information of the kind in question here to be relevant to fundamental rights if it is clearly aimed at an adverse effect on the side of the entrepreneurs and does not merely entail this effect as a side effect. In the further development of this consideration, the Senate expressed its conviction in the judgement of 18 October 1990 (BVerwGE 87, 37 (43f.) = NJW 1991, 1766) on the publication of a list of wines contaminated with glycol that the scope of protection of Art. 12 is not only affected when such publications are made with a tendency to regulate the profession, but that the protection of Art. 12 also extends to state announcements which, as an unintended but foreseeable and accepted side effect, cause a serious impairment of the freedom of professional activity. The Senate adheres to this interpretation of the law. This means that a product test carried out and published by the Chamber of Agriculture is also to be measured against Article 12 of the Basic Law. The negative outcome of such a test has a serious damaging effect on the reputation of the product in question. The plaintiff's submission that the downgrading of its product in the test which triggered the legal dispute led to considerable sales losses has remained uncontradicted."²⁶³

²⁶³ BVerwG, NJW 1996, 3161; translation by the author.

The situation is no different with regard to the introduction of a pet positive list. The prohibitive character explicitly inherent in a positive list, in conjunction with the reversal of the rule-exception relationship towards the inadmissibility of private pet keeping as a rule, has the effect that massive effects would inevitably affect all parts of the pet industry - and this is not only accepted by the legislator, but ultimately pursued as an equal goal and thus intended.

c. On the "step doctrine" of the Federal Constitutional Court

On the part of the proponents of positive lists, it is argued, as explained, that the legislature can restrict the commercial trade in "pets" that are to be kept for private purposes. This statement has already been refuted or relativised above. In this context, however, the reference to the limits that are to be shown to the legislator in this respect deserves special attention:

"In doing so, it is (solely) bound by the standard of proportionality of the regulation."²⁶⁴

This statement is surprising. After all, the so-called "Stufenlehre" (doctrine of steps) developed in the so-called Pharmacy Ruling of the Federal Constitutional Court²⁶⁵ and since then been continued in constant case law, that encroachments on the freedom to exercise one's profession can take place in different ways - namely as

²⁶⁴ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 35 et seq.; translation by the author.

²⁶⁵ BVerfGE 7, 377 ff.

regulations on the exercise of one's profession, as subjective barriers to admission and as objective barriers to admission - and that, depending on the level of intervention, completely different justification requirements must be fulfilled²⁶⁶, also has an effect in the present case. Thus, it is easily conceivable that trade-related regulations in the environment of a positive list would constitute a (de facto) professional ban and thus an objective admission barrier. It is also possible that requirements of expertise are implemented, which are among the "classic" examples of subjective barriers to admission. In both cases, however, a pure proportionality test - as far as can be seen: undisputed - would not suffice to justify intervention.

Since the proponents of a pet positive list would like to delegate the detailed regulations of the relevant approach to the ordinance level²⁶⁷, the conceivable variety of corresponding restrictions cannot even be guessed at present. In view of the fundamental bandwidth of state instruments, however, it can be considered impossible that a corresponding ordinance would be content with "mere" regulations on the exercise of the profession. The principle of proportionality would therefore - irrespective of the question of its possible violation²⁶⁸ - definitely not be a generally suitable, conclusive standard of review.

²⁶⁶ In detail: Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, p. 52 et seq.

²⁶⁷ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 32 et seq.

²⁶⁸ See below under d.

d. Interim result

In view of the multitude of professional activities in the field of pet keeping, the introduction of a pet positive list would lead to multiple violations of the freedom of occupation protected by Article 12 para. 1 of the Basic Law.

3. General freedom of action under Article 2 para. 1 of the Basic Law

In the current discourse on a pet positive list, the so-called general freedom of action under Article 2 para.1 of the Basic Law also plays a certain role.²⁶⁹ This is surprising, at least at first glance, as this right is a so-called catch-all fundamental right. However, it is precisely this - subordinate - role assigned to Article 2 para. 1 of the Basic Law in constant case law that explains the emphasis on Article 2 para. 1 of the Basic Law in the present context, since the broadness of the scope of protection is accompanied by an almost unlimited range of possible justifications.²⁷⁰

The fundamental right under Article 2 para.1 of the Basic Law is therefore of absolutely secondary importance for the constitutional analysis of the positive list issue; rather, the serious violations of fundamental rights are fed by entirely different, incomparably more relevant sources, which will be dealt with in detail above and below. Nevertheless, it is necessary to deal briefly with the

²⁶⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 36 et seq.

²⁷⁰ Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, p. 29.

statements made by the proponents of positive lists with regard to the general freedom of action, because the analysis of these evaluations allows conclusions to be drawn about certain constitutional deficits, even with regard to very fundamental issues. Literally, it states:

"According to this, the scope of protection of Article 2 para.1 of the Basic Law is indeed broadly defined, so that an encroachment on the scope of protection can in principle be present by any state action burdening the holder of the fundamental right by means of prohibitions or prohibitions. However, conduct that falls within the scope of protection of Article 2 para. 1 of the Basic Law must be made considerably more difficult or impossible for the person concerned.

This is already doubtful in the present case. Because "pet keeping" as such is not prohibited. Its permissibility is merely restricted to certain animal species.

Moreover, the general freedom of action is by no means guaranteed without limits. It is subject to constitutional limitations. This means that general freedom of action is only granted, among other things, if it does not lead to violations of the constitutional order.

And here too, the state goal of animal protection is part of the constitutional order. However, it is not compatible with Article 20a of the Basic Law if animal

species are kept as "pets" which are not suitable for this purpose (...)."²⁷¹

Only the following in this regard:

- The general freedom of action protects - according to the established case law of the Federal Constitutional Court - "every form of human activity without regard to the importance of the activity for the development of personality".²⁷² It therefore makes no difference whatsoever whether a state ban covers a complete area of life or leaves those entitled to fundamental rights with a torso of permitted residual activity. In other words, every state ban is by definition an encroachment on fundamental rights. Exclusively cosmetic terms such as "limited authorisation" cannot change this.

- Regardless of the - as mentioned: generally accepted - breadth of the possibilities of justification, it is not sufficient to prove justification if another constitutional norm merely recognises a legal right. Rather, it must be proven that the protection of this conflicting legal good actually takes place and, moreover, is of higher priority. The assertion that "animal species are kept as "pets" that are not suitable for this purpose" is in this generality first of all no more than an unproven assumption and would have to be substantiated for each animal species concerned by means of empirical data that at least meet basic requirements of good scientific practice. In its present

²⁷¹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 36 et seq.; translation by the author.

²⁷² Since BVerfGE 80, 137 et seq., margin number 62 at Juris.

form, the above statement ultimately says nothing more than that "pets must not be kept because they must not be kept", which as a tautology does not constitute a viable justification.

- The statement that "the general freedom of action (...) is only granted, among other things, if it does not lead to violations of the constitutional order" obviously confuses the levels of the opening of the scope of protection on the one hand and the justification of encroachment on the other. Every right to freedom is usually examined in three steps: Opening of the scope of protection, encroachment, justification of encroachment.²⁷³ The question of the opening of the scope of protection is devoted to the examination of whether the act in question is covered by the scope of application of a specific right of freedom and whether the person in question can invoke this right; the examination of the encroachment is concerned with whether the act protected by fundamental rights is made impossible or the starting point for a state sanction; the justification of encroachment is then devoted to the question of whether the certified encroachment can be justified on the basis of the written and unwritten barriers to fundamental rights. The fundamental right of Article 2 para.1 of the Basic Law is thus not "granted" if it "does not result in infringements". Rather, the Basic Law already grants this fundamental right - and the state is obliged to demonstrate that it may exceptionally restrict the validity of the fundamental right.

²⁷³ Instead of many: Graf Kielmansegg, Die Grundrechtsprüfung, in: JuS 2008, 23 et seq.; Dreier, in: Dreier (Ed.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Ed. 2013, preliminary remarks Art. 1 GG, margin number 119 et seq.

The positive list proponents' explanations of Article 2 para.1 of the Basic Law are therefore altogether incapable of developing any persuasive force. The fact that there are more important constitutional rights beyond the points discussed above, which would be violated, is the subject of the explanations above²⁷⁴ and below.²⁷⁵

4. Principle of proportionality

The principle of proportionality, which can be derived from various constitutional rights²⁷⁶ and which, as a right equivalent to a fundamental right, is in the end undisputed, must be examined in four steps according to the established case law of the Federal Constitutional Court²⁷⁷: Legitimate purpose, suitability, necessity, appropriateness (also referred to as "proportionality in the narrower sense"). The following explanations map this sequence of examination.

a. Legitimate purpose

The question of a legitimate purpose is addressed by the proponents of a pet positive list in a wide variety of contexts, but in the context of the principle of proportionality it is treated rather neglectfully.²⁷⁸ However, this restraint is (exceptionally) harmless, because case law and practice actually tend towards a broad

²⁷⁴ See above under 2.f.

²⁷⁵ See below under 4.

²⁷⁶ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 99. supplement September 2022, Art. 20 margin number 110 with further references.

²⁷⁷ Recently: BVerfGE 124, 300 (331).

²⁷⁸ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 18 et seq.

understanding of legitimate purposes: The purpose pursued can only become significant if it is (constitutionally) legitimate.²⁷⁹ Legitimate is a public interest that is not constitutionally excluded, which also depends on the respective fundamental right.²⁸⁰ With regard to the objectives to be legitimately pursued, it can thus be said that the state has extreme leeway here and only completely unsuitable or unobjective purposes are deemed to be inappropriate connecting factors. There is no lack of a legitimate purpose, since - at least superficially - aspects of biodiversity protection and animal welfare within the meaning of Article 20a of the German Basic Law are just as important. Whether these rights or positions are correctly represented or understood in this respect is initially irrelevant at the level of legitimate purpose.

b. Suitability

Similarly, the requirement of appropriateness tends to be under-complex. A means is already suitable in the constitutional sense if the desired success can be promoted with its help, whereby the possibility of achieving the purpose is sufficient.²⁸¹ Suitability is lacking (only) if the achievement of the purpose is not promoted at all or is even hindered, the suitability ceases to exist, or the

²⁷⁹ Cf. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Eds.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Ed. 2022, Art. 20 margin number 117 with further references.

²⁸⁰ Cf. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Eds.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Ed. 2022, Art. 20 margin number 117 with further references.

²⁸¹ Permanent jurisdiction; cf. BVerfGE 134, 204 et seq., margin number 79.

addressee is not capable of the measure.²⁸² This criterion of the proportionality test - which, as mentioned above, is usually to be affirmed - does, however, acquire a certain significance in the present case. As already mentioned²⁸³, the proponents of a pet positive list rely on a considerable bundle of motives and reasons to justify the alleged necessity of such an instrument. In particular - without claiming to be exhaustive - the following are invoked

- the suffering of many pets²⁸⁴,
- the protection of biodiversity²⁸⁵,
- ecosystem protection²⁸⁶,
- climate change²⁸⁷,
- the fight against animal smuggling²⁸⁸,

²⁸² Jarass, in: Jarass/Pieroth (Eds.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Ed. 2022, Art. 20 margin number 118.

²⁸³ III.1.a.bb.aaa.

²⁸⁴ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 4.

²⁸⁵ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 5 et seq.

²⁸⁶ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 5 et seq.

²⁸⁷ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 5 et seq.

²⁸⁸ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 6 et seq.

- security with regard to zoonoses²⁸⁹,
- security with regard to dangerous or poisonous animals.²⁹⁰

All these rather shotgun-like objectives, as just described, certainly represent legitimate purposes of state action in themselves. Within the framework of the suitability test, however, it must be proven that these "high-quality" purposes, which are conceivably different in terms of normative anchoring and direction of effect, can actually be promoted.

In other words, the success sought with a state measure does not have to be complete, especially not in every individual case, nor does it have to be highly probable. There is also no optimisation requirement in the sense that the most effective means must be used. Nevertheless, suitability can only be assumed if the probability of the desired success is increased, i.e. if the success can be promoted.²⁹¹

How a comprehensive de facto ban on private pet keeping in Germany can contribute to combating climate change, have the effect of reducing animal smuggling in view of the already existing CITES legal framework, or optimise ecosystem protection - however this may be specified - is not clear. With regard to the other, possibly somewhat closer objectives, it is also necessary from a

²⁸⁹ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 8.

²⁹⁰ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 8.

²⁹¹ Siehe zu all dem nur: Sachs, in: Sachs (Ed.), Grundgesetz, 9. Ed. 2021, Art. 20 margin number 150.

constitutional point of view to demand that, in addition to the seemingly arbitrary assertion of various advantages, a causal justification is provided. Otherwise, a positive list regulation is not even suitable for achieving the objective, with the consequence that the instrument is already unconstitutional in this respect.

c. Necessity

Comparatively much effort is expended in defending the positive list approach with regard to the necessity of the measure. According to the established case law of the Federal Constitutional Court, necessity means that the mildest means of equal effectiveness must be used to achieve success.²⁹² In this respect, it is evident that negative lists, according to general assessment, lead to significantly greater encroachments on fundamental rights compared to positive lists.²⁹³ However, in the form of negative lists, a regulatory instrument is fundamentally available which, from a constitutional point of view, has a milder effect. Against this background, the following attempts to prove the lesser suitability of the negative list approach can be explained in order to justify why the mildest possible means²⁹⁴ should not be used with a positive list:

"Negative lists are inevitably always reactive. They are based on restricting or banning the trade and

²⁹² Recently: BVerfGE 142, 268 et seq., margin number 71 et seq.

²⁹³ Even so Ziehm, *Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“*, 1. August 2022, p. 12.

²⁹⁴ The fact that a horizontally effective negative list approach for pets would also be problematic does not need to be further elaborated in the present context.

keeping of certain animal species. The trade and keeping of animal species that are not on the negative list are therefore not addressed at all. This is not only, but especially relevant with regard to reptiles, amphibians and fish, which actually make up a large part of the animals in the "pet trade".

For many wild animal species in trade, there is also a lack of (sufficient) scientific knowledge about their biology, which is why they would already not be included in a negative list.

Furthermore, a negative list that includes all species of the various animal groups (mammals, birds, reptiles, amphibians, fish, insects, arachnids, etc.) that are not suitable for private keeping for reasons of animal, species and nature protection as well as for reasons of health protection and public safety would be extremely long, it would probably contain thousands of species and would thus hardly be suitable for enforcement.

In addition, continuous updates would be required - also because the range of species in trade varies constantly, the taxonomy is constantly updated and newly described species would have to be taken into account."²⁹⁵

²⁹⁵ Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, p. 18 et seq.; translation by the author.

In detail:

aa. On the "reactive character" of negative lists

The reference to the fact that negative lists are necessarily always reactive and that trade in and keeping of animal species not listed on the negative list are not addressed at all is flawed for several reasons and not sufficiently sustainable to serve as support for the claimed necessity. This applies on the one hand with regard to the problem of reactivity, and on the other hand with regard to the consequences resulting from non-addressing.

Law is - as far as can be seen: undisputed - without exception reactive.²⁹⁶ Thus, there is always a time gap between certain social, political, technological or other practical developments on the one hand and the reaction of the law on the other. In order to minimise legal vacuum, existing norms are sometimes applied analogously in these situations; in no case, however, is it possible to create new and appropriately adapted law ad hoc. The legislative measures taken in the wake of the Corona pandemic provide an illustrative example in this respect: over a period of two years, the federal and state legislatures repeatedly passed entire sets of norms in cascade, which were supplemented by an unmanageable variety of substantive norms (for example in the form of municipal bylaws).

²⁹⁶ See just: Spranger, *Recht und Bioethik*, 2010, p. 63; Advocat General at the ECJ, Case C-526/19, concluding remarks of 9. 7. 2020, margin number 69 et seq.; Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen (Eds.), *BGB Schuldrecht*, 4. Ed. 2021, § 242 BGB margin number 8; Feneberg/Pettersson, *Schutz vor extremer Armut - Asylrechtsfortbildung durch Verwaltungsgerichte*, in: *NVwZ* 2022, 1519 et seq.; Kuntz, *Künstliche Intelligenz, Wissenszurechnung und Wissensverantwortung*, in: *ZfPW* 2022, 177 et seq.

The same applies to every area of law: inheritance law reacts to the decades-long discrimination against children born out of wedlock, civil service pension law reacts to the existence of registered civil partnerships, agricultural law reacts to the death of insects, nature conservation law reacts to invasive species, immission control law reacts to gas shortages, etc.. Even if and to the extent that law at first glance sets "incentives" for certain actions or omissions on the part of citizens, these incentives invariably represent reactions to certain other developments. The promotion of the installation of heat pumps is therefore only a reaction to climate change and above all to the corresponding demands of the Federal Constitutional Court on politics.²⁹⁷

The alleged reactive character of negative lists therefore does not exist. Rather, the reactive character is inherent in every legal act and every legal regulatory approach. On closer examination, even a pet positive list would be reactive in nature, as it would not be allowed to be "cemented", but would in turn - reactively - require constant adaptation. The European Court of Justice has emphasised this - interestingly enough in the decision on the species protection law positive list in Belgium, which is treated very prominently, although the content is wrong²⁹⁸, by the proponents of a pet positive list:

"Secondly, that legislation must make provision for a procedure enabling interested parties to have new species of mammals included in the national list of authorised species. The procedure must be one which is readily accessible, which presupposes that it is

²⁹⁷ BVerfGE 157, 30 et seq.

²⁹⁸ See under III.1.a.bb.bbb.(3)(b).

expressly provided for in a measure of general application, and can be completed within a reasonable time, and, if it leads to a refusal to include a species - it being obligatory to state the reasons for that refusal - the refusal decision must be open to challenge before the courts (see, by analogy, Case C-344/90 Commission v France, paragraph 9, and Case C-24/00 Commission v France, paragraphs 26 and 37)." ²⁹⁹

The assumption that positive lists would be less effective than negative lists due to a selectively reactive nature of the latter is therefore erroneous and cannot be used to justify necessity.

bb. On the lack of scientific data

Equally unsuitable is the argument that the lack of scientific knowledge about the biology of animal species would stand in the way of inclusion in a negative list. This is because the legal system of at least Western countries and also of the EU is based on the scientific principle: state bans or prohibitions must be scientifically substantiated. Especially in the field of environmental policy, this is even laid down in primary law. Art. 191 para. 3 1st indent TFEU reads as follows:

"In preparing its policy on the environment, the Union shall take account of available scientific and technical data".

A lack of scientific data therefore does not speak in favour of one or the other regulatory method, but rather -

²⁹⁹ ECJ, Case. C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 35.

beyond the precautionary principle discussed elsewhere and not relevant here³⁰⁰ - makes state restrictions inadmissible in the first place.

Just for the sake of completeness, the decision of the European Court of Justice on the Belgian species protection list should be recalled in this context. The court emphasises in the clearest possible terms that (delisting) is not possible without scientific data, even in the positive list area:

"In any event, an application to have a species included in the list of species of mammal which may be held may be refused by the competent authorities only on the basis of a full assessment of the risk posed to the protection of the interests and requirements mentioned in paragraphs 27 to 29 of this judgment by the holding of specimens of the species in question, established on the basis of the most reliable scientific data available and the most recent results of international research (see, by analogy, *inter alia*, Alliance for Natural Health and Others, paragraph 73)."³⁰¹

The alleged lack of scientific data thus not only stands in the way of inclusion in a negative list, but also in the way of inclusion in a positive list and ultimately in the way of any form of state restriction. Thus, a positive list does not represent "the mildest means of equal effectiveness" from this point of view either.

³⁰⁰ See under III.1.a.bb.bbb.(3)(b).

³⁰¹ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 37.

cc. The length / enforceability of a negative list

Rather irritating is the reference to the expected "extreme length" of a negative list and the resulting lack of enforceability.

On the one hand, it should be pointed out that the alleged enforcement deficit is not a unique feature of so-called negative lists, but a characteristic of the entire European and national environmental law. In fact, even the term "enforcement deficit" has its origins in environmental law.³⁰² Consequently, the "dark chapter of enforcement" of European environmental law was once described as the "dark side of the balance sheet for the realisation of the internal market".³⁰³ The over-complexity of the standards to be enforced is, on closer inspection, the least of the problems: The spectrum of the enforcement deficit ranges from the late or omitted transposition of EU directives to their incomplete or incorrect transposition to incorrect application practice.³⁰⁴

The causes for this phenomenon are manifold. They include "the economic priorities in the Member State administrations responsible for enforcement, the limited human and financial resources of the environmental

³⁰² Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer (Eds.), Umweltrecht, 96. supplement September 2021, § 52 BImSchG margin number 1 et seq.

³⁰³ Pernice, Gestaltung und Vollzug des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt - Europäische Impulse und Zwänge für das deutsche Umweltrecht, in: NVwZ 1990, 414 (423); Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed. 2022, Art. 192 AEUV, margin number 38.

³⁰⁴ Kahl, in: Streinz (Ed.), EUV/AEUV, 3. Ed. 2018, Art. 192 AEUV, margin number 68 et seq.; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), EUV/AEUV, 6. Ed. 2022, Art. 192 AEUV, margin number 38.

administrations in the Member States, the often considerable financial burden resulting from the enforcement of EU environmental law, the lack of transparency in the rule-making and implementation process, as well as the fact that environmental law is not aimed at the specific (and thus usually subjectivised) interests of a group of people and their organisations, but at the general interest - represented at best by comparatively weakly organised environmental associations - which quickly falls behind in the pluralistic competition between associations".³⁰⁵ As far as can be seen, the controversial "law on dangerous animals", for example, is also characterised by a high level of political pressure, which is then, however, followed by an at best selective review by the authorities. The lack of suitability for enforcement is thus inherent in every environmental law instrument and thus also in a positive list.

Secondly, the conclusion drawn from the length of a negative list to its suitability for implementation is not convincing. As is well known, it is not only Union law that has countless highly complex and extremely comprehensive regulations, which are nevertheless not seriously denied their suitability for enforcement. One example is the so-called REACH Regulation³⁰⁶, which shapes the Union's

³⁰⁵ Krämer, in: Lübke-Wolff (Eds.), *Der Vollzug des europäischen Umweltrechts*, 1996, p. 7 (28 et seq.); Calliess, in: Calliess/Ruffert (Eds.), *EUV/AEUV*, 6. Ed. 2022, Art. 192 AEUV, margin number 41; see also Mentzini, *Die Durchführbarkeit des europäischen Umweltrechts*, 2000, p. 193 et seq.; Albin, *Die Vollzugskontrolle des europäischen Umweltrechts*, 1999, p. 321 et seq.

³⁰⁶ Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency, amending Directive 1999/45/EC and repealing Council

chemicals law and whose original version of 851 pages of text is not exactly slim. Quite independently of this, however, the brevity of a standard is unfortunately no proof of its suitability for implementation.

In this respect, too, it is clear that there is no question of a positive list being "under-complex". Evidence for the necessity of this regulatory approach is therefore also lacking from this point of view.

dd. The need to update negative lists

The last argument put forward for the necessity of a positive list approach also comes to nothing on closer examination. When it is claimed that a negative list - in contrast to a positive list - would require continuous updating "because the range of species on the market varies constantly, the taxonomy is updated again and again and newly described species would have to be taken into account", this is not a phenomenon that occurs exclusively with negative lists. As has just been sufficiently explained³⁰⁷, the corresponding updates would also be necessary for a positive list.

ee. Interim result

As an interim result, it can be stated that there is no evidence whatsoever that a positive pet list would be necessary in the constitutional sense. This is because the regulatory instrument of a negative list would provide a

Regulation (EEC) No 793/93 and Commission Regulation (EC) No 1488/94 as well as Council Directive 76/769/EEC and Commission Directives 91/155/EEC, 93/67/EEC, 93/105/EC and 2000/21/EC, OJ No. L 396 of 30.12.2006, p. 1 et seq.

³⁰⁷ See in particular under aaa. and bbb.

means - already established in international environmental law - that would not only be less burdensome for the affected holders of fundamental rights, but would also be at least as suitable as a positive list.

To avoid misunderstandings, however, the following must be pointed out: The above statements do not mean that a general negative list of pets would be constitutional and, in particular, proportionate. Rather, it has merely been demonstrated that the negative list approach would provide an instrument that is just as suitable as the positive list, but less restrictive. Whether other possible regulations could be thought of and found that would be more lenient than a negative list is not the subject of this expert opinion and is therefore left out.

d. Adequacy

Appropriateness, also referred to as "proportionality in the narrower sense", represents an end-means relationship: according to the established case-law of the Federal Constitutional Court, the means employed must not be disproportionate to the end pursued.³⁰⁸ Thus, an overall balancing is required, in which conflicting goods of constitutional rank are of particular importance.³⁰⁹

The above explanations should have made it sufficiently clear that any regulation of pet ownership affects a wide variety of different fundamental rights: In addition to the general right of personality or the general freedom of

³⁰⁸ See just BVerfGE 80, 103 et seq., margin number 15 at Juris.

³⁰⁹ Sachs, in: Sachs (Ed.), Grundgesetz, 9. Ed. 2021, Art. 20 margin number 154 et seq. with further references.

action of the owners, the freedom of occupation of the various actors in the pet ownership environment, but also the prohibition of discrimination and the principle of proportionality should be mentioned here. In addition, there are violations of international law standards, but also of fundamental freedoms and EU fundamental rights. These qualitatively high-ranking legal interests then affect millions of owners and tens of thousands of businesses, service providers and employees, so that the qualitative aspect is supplemented by an enormous quantitative dimension.

Any restriction of these rights would have to be based on the substantiated or substantiable protection of higher-ranking goods. The thin melange of various unrelated interests and goods presented by the positive list proponents does not meet these requirements. This is especially true in view of the fact that a scientific substantiation of even a single "justification approach" has not yet been provided and will not be provided in the future, because it cannot be provided for lack of objective reasons. If this objection ultimately applies to any conceivable horizontal regulation of pet keeping, a positive list that reverses the rule-exception relationship of permissible pet keeping into its opposite is particularly likely to violate the core content of protected legal positions.

Consequently, the introduction of a positive list for pets would also be inappropriate in the constitutional sense and therefore disproportionate and unconstitutional for this reason as well.

5. Other constitutional rights omitted from the discussion

The above explanations should already have made it sufficiently clear that the legal arguments put forward by the proponents of positive lists are highly selective. This at best glaring illumination of the legal challenges also continues with regard to constitutional law, since numerous constitutional rights whose relevance in the current debate can hardly be ignored remain completely unmentioned. The following remarks therefore endeavour to fill in the gaps, at least in a cursory manner.

a. Property guarantee under Article 14 para. 1 of the Basic Law

The guarantee of property under Article 14 para. 1 of the Basic Law is, according to undisputed opinion, one of the most important rights of freedom under the Basic Law. Since the basic principles of Article 14 para. 1 of the Basic Law as well as the "classical" questions of delimitation with regard to the freedom of occupation of Article 12 para. 1 of the Basic Law and the existing possibilities of justification have already been sufficiently fanned out elsewhere³¹⁰, reference can be made to the corresponding remarks in order to avoid repetition.

It should be clear that a de facto ban on keeping pets, which would have a horizontal effect, would by no means only diminish the future earning opportunities of various economic actors, but would also lead to a massive meltdown of already existing businesses and business areas. Thus, not "only" the acquisition attributable to Article 12 para.

³¹⁰ See under IV.2. and IV.5.a.

1 of the Basic Law would be affected, but above all also what has already been "acquired" and thus the cardinal norm of Article 14 para. 1 of the Basic Law. Some of these encroachments would probably have to be examined on the basis of the figure of the "established and exercised business enterprise". However, even beyond this, a wide variety of effects on positions protected under property law would be likely, which cannot be specifically examined in the present case in the absence of a concrete legislative measure. However, the experience gained in other areas of animal-specific legislation allows the assumption that far beyond the "mere" content and limitation provision, there is a threat of expropriation or expropriation-like interventions that do not meet the constitutional requirements.

b. General right of personality under Article 2 para. 1 of the Basic Law in conjunction with Article 1 para. 1 of the Basic Law

The importance of pet ownership for the individual and society can hardly be overestimated. The manifold and multi-faceted psychological effects of human-animal interaction, which have been well studied scientifically³¹¹, can only be mentioned here as examples. It is therefore appropriate and consistent that Recital 3 of the Preamble to the Council of Europe's Pet Convention explicitly recognises the "importance of pets because of their contribution to the quality of life and their consequent value to society".

³¹¹ Recently: Amiot/Gagné/Bastian, Pet ownership and psychological well-being during the COVID-19 pandemic, in: Scientific Reports 2022, doi: <https://doi.org/10.1038/s41598-022-10019-z>.

The fact that this central importance of pet ownership for the development of personality justifies at the same time that the rights of owners are not "only" to be seen in the light of the general freedom of action under Article 2 para. 1 of the Basic Law, but also to be measured on the basis of the general right of personality under Article 2 para. 1 in conjunction with Article 1 para. 1 of the Basic Law, has already been comprehensively explained elsewhere³¹² and therefore does not need to be repeated here. Of relevance to the discussion of concrete interest, however, is the fact that this importance of the general right of personality, which is not to be neglected, is not mentioned at all by the proponents of positive lists.

c. Prohibition of arbitrariness under Article 3 para. 1 of the Basic Law

The reversal of the rule-exception relationship, which applies in favour of pet ownership, associated with the positive list approach, leads to particularly strict requirements for the compilation of the corresponding list. Which pets are subject to the general ban on keeping and which animals may be kept by way of exception would therefore not be left to chance. In view of the fact that a ban on keeping animals is the strictest form of state regulation imaginable, all differentiation criteria would have to withstand a strict arbitrariness test. This was explicitly stated by the European Court of Justice on the occasion of its decision on the Belgian species protection positive list:

³¹² Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, p. 26 et seq.

"First, the drawing up of such a list and the subsequent amendments to it must be based on objective and non-discriminatory criteria (see, to that effect, inter alia, Case C-192/01 Commission v Denmark [2003] ECR I-9693, paragraph 53)."³¹³

Since the introduction of a pet positive list is currently only being discussed in general abstract terms, no detailed examination can be carried out at this point in time. It is nevertheless noticeable that this central landmark of the constitutional law landscape has been virtually ignored in the discourse to date. In the event of a further concretisation of the positive list idea, each individual (de-)listing would in any case have to satisfy the requirements of the prohibition of discrimination.

V. Summary of the main results

The introduction of a national positive list for pets would comprehensively violate various requirements of international, European and constitutional law.

The European Convention for the Protection of Pets, as a document of international law, binds the Federal Republic of Germany by virtue of signature and ratification. Since the Convention, in addition to various animal protection-related provisions, also contains a commitment to private animal husbandry, animal breeding and animal trade, and in this context explicitly emphasises the "importance of pets because of their contribution to the quality of life and their consequent value to society", a national, de facto

³¹³ ECJ, Case C-219/07, decision of 19.06.2008, margin number 34.

horizontal ban on pet ownership would constitute a violation of the Convention.

Art. 2 para. 3 of the Convention does not change this assessment. This is because the instrument of strengthening protection - which is very familiar to international law - allows for more detailed regulations in certain areas, but not a departure from the regulatory system of the relevant international law text. Art. 21 of the Convention confirms this assessment, as does the fact that Art. 2 para. 3 was only included in the Convention to respond to certain discourses in the field of guard dog use.

At the level of EU law, a national positive list constitutes an infringement of fundamental freedoms and here in particular of the free movement of goods. In this respect, there is no viable justification for the so-called "measure of equivalent effect".

The alleged dangers posed by "dangerous animals" do not meet the requirements that the European Court of Justice has attached to the protection of "public security and order". Similarly, the abstract reference to zoonoses is not capable of justifying a national positive list with reference to the protection of health and human life. Finally, general animal welfare considerations do not justify a departure from the anthropocentric regulatory philosophy that otherwise characterises Union law.

Contrary to what is sometimes portrayed in public discourse, the case law of the European Court of Justice on the "Belgian positive list" does not reinterpret animal welfare considerations in this respect. On the contrary, this case law is diametrically opposed to a national pet

positive list. This is because the judgments in question are based on Regulation (EC) No. 338/97 and thus on species protection law according to CITES; for this reason alone, transferability to pet keeping is ruled out. Irrespective of this, the Luxembourg judges emphasise above all a whole series of considerable legal requirements that a positive list would have to fulfil due to the massive encroachment on fundamental rights that this would entail.

In this context, the court also states - in accordance with general precautionary doctrine - that the precautionary principle of Article 191 para. 2 sentence 2 TFEU neither permits regulations based on "general suspicion" nor exempts them from the need for scientific justification. In particular, regulations "into the blue" are therefore also inadmissible from a precautionary point of view.

Aspects of biodiversity protection are also not suitable to justify interventions in the free movement of goods. Irrespective of the fact that there is no evidence for positive biodiversity effects of a positive list, the case law of the European Court of Justice shows that the term biodiversity is understood in a highly specific way in the sense of genetic diversity of certain livestock breeds. Biodiversity protection therefore only plays a role in the context of the free movement of goods when it comes to the protection of agricultural animal husbandry in the sense of EU agricultural policy.

In addition to a violation of the free movement of goods, a violation of the freedom to provide services is also to be attested as soon as service providers from other EU countries are no longer allowed or able to offer corresponding pet keeping services in Germany. Should a

national positive list also have negative effects on investments from other EU countries, the free movement of capital would also be violated.

It is not possible for the German legislator to circumvent the legal limits described above through the alternative implementation of an EU positive list. In particular, the European Union already lacks a viable legislative competence for animal protection. Rather, the Union's competences in animal protection law exist only as a supplement to sectoral competence standards, especially in the area of agricultural policy.

Nor can a Union competence be derived from Regulation (EC) No 338/97 in conjunction with Article 193 TFEU. This is because the so-called strengthening of protection within the meaning of Article 193 TFEU is already limited to specific environmental objectives. Above all, however, there is no legal act to be strengthened: Union law itself does not know any general animal protection law and the Council of Europe's Pet Convention - despite its balanced consideration mentioned in the introduction - was neither signed nor ratified by the EU itself.

Furthermore, Article 193 TFEU - as far as can be seen: undisputed - prohibits the implementation of alternative concepts of protection. However, the public-based pet focus of a positive list differs from the negative list-based assessment of the trade-regulating CITES regime in numerous respects. The use of Art. 193 TFEU is also unlawful for this reason.

If the Federal Republic of Germany were to invoke Art. 193 TFEU in order to introduce a national pet positive list,

the initiation of infringement proceedings, in particular by the Commission, would be inevitable.

An EU positive list cannot be based on Art. 114 TFEU either. In particular, the seal trade case law of the European Court of Justice does not lead to a different result. First of all, the ECJ emphasises the quality of the goods and thus the fundamental tradability of animals. Secondly, the Court's justifications of "general indignation" and the risk of confusion in pet keeping do not come into play. Above all, however, the ECJ emphasises that the relevant regulations must have a genuine (and not just a pretended) internal market focus. Accordingly, EU regulations must primarily aim at facilitating trade in animals.

An EU-wide positive list also violates the freedom of occupation according to Art. 15 and 16 CFR, as well as, depending on the concrete design, potentially also the guarantee of property according to Art. 17 CFR and the prohibition of discrimination according to Art. 20 and 21 CFR.

Thus, a pet positive list is contrary to European law regardless of whether the German legislator or the European Union itself is the author of such a list.

Furthermore, a national positive list violates various fundamental rights and constitutional principles of the Basic Law. The corresponding violations cannot be based on a constitutional requirement for action under Article 20a of the Basic Law, as this is a purely state objective provision.

On the one hand, the freedom of occupation under Article 12 para. 1 of the Basic Law is violated. The case-law of the Federal Constitutional Court on the Hufbeschlaggesetz does not lead to a different result here. The attempts to deny that a positive list has a tendency to regulate the profession are not convincing in the light of established case law. The relevance of Article 12 para. 1 of the Basic Law results independently from the case law on so-called foreseeable serious impairments.

On the other hand, a pet positive list causes unjustified encroachments on the general right of personality (Article 2 para. 1 in conjunction with Article 1 para. 1 of the Basic Law), as well as (depending on the concrete legal form) on the guarantee of property (Article 14 para. 1 of the Basic Law) and the general principle of equal treatment or prohibition of discrimination (Article 3 para. 1 of the Basic Law).

Furthermore, a national pet positive list is disproportionate. There is already a lack of appropriateness, as the proponents of this regulatory approach present an impressive bundle of motives, but fail to provide evidence of at least the possible occurrence of success in the constitutionally required sense.

In addition, the disproportionality of a national positive list results from the lack of necessity of the measure, since - if one wants to assume a need for regulation at all - milder means of equal effectiveness are available. The disadvantages of so-called negative lists, which have been put forward in this context, do not exist when viewed objectively: positive lists also have a "reactive character" and presuppose the use of scientific data. Nor

can the "mild character" of a positive list be constructed from the viewpoints of suitability for enforcement and the need for updating.

In addition to the lack of suitability and necessity, the appropriateness of a national positive list is also not given, so that "proportionality in the narrower sense" is also violated.

Acknowledgements

This expert opinion was prepared on behalf of the Zentralverband Zoologischer Fachbetriebe Deutschlands e.V. (ZZF) and with the kind financial support from

- Industrierverband Heimtierbedarf e.V. (IVH)
- European Pet Organization (EPO)
- Bundesverband für fachgerechten Natur-, Tier- und Artenschutz e.V. (BNA)
- Deutsche Gesellschaft für Herpetologie und Terrarienkunde e.V. (DGHT)
- Verband für das Deutsche Hundewesen e.V. (VDH)
- Verband der Zoologischen Gärten e.V. (VdZ)
- Citizen Conservation Foundation gGmbH (CC)
- Zoo Leipzig
- Wirtschaftskammer Wien
- Wirtschaftsgemeinschaft Zoologischer Fachbetriebe (WZF)