

LJN: BY6129, Rechtbank Amsterdam , AWB 11/5030 BESLU en AWB 11/5031 BESLU

Datum 13-12-2012

uitspraak:

Datum 13-12-2012

publicatie:

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: Orka Morgan blijft in dierentuin. Orka Morgan kan in de dierentuin in Tenerife blijven. Dat is het gevolg van een uitspraak van de rechtbank Amsterdam vandaag. De rechtbank vindt dat de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie in de zomer van 2011 een vergunning mocht verlenen voor het vervoer van Morgan naar het Canarische eiland. De Orca Coalitie had de verstrekking van die vergunning aangevochten. Zij vonden dat de orka moest worden teruggeplaatst in de zee. De rechter vindt dat niet kan worden vastgesteld dat het welzijn van de orka beter is gediend als die in de Noordzee zou worden teruggezet. De staatssecretaris heeft bovendien alle belangen zorgvuldig afgewogen, aldus de rechtbank.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector Bestuursrecht

zaaknummers: AWB 11/5030 BESLU en AWB 11/5031 BESLU

uitspraak van de meervoudige kamer in de zaak tussen

Stichting The Black Fish,
gevestigd te Amsterdam,
Stichting Dolphinmotion,
gevestigd te Nijmegen,
Stichting Sea First,
gevestigd te Breda,
Stichting een Dier een Vriend,
gevestigd te 's-Gravenhage,
hierna te noemen eisers,
gemachtigde mr. M.F. Wijngaarden,

en

de staatssecretaris van Economische zaken, Landbouw en Innovatie,
verweerder,
gemachtigde mr. J.E.W. Tieleman.

Tevens heeft als partij aan het geding deelgenomen:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
het Dolfinarium Harderwijk B.V. (hierna: het Dolfinarium),
gevestigd te Harderwijk,
gemachtigde mr. D. Nas.

Procesverloop

Bij besluit van 15 april 2011 (het primaire besluit I) heeft verweerder het verzoek van eisers om handhavend op te treden tegen het Dolfinarium afgewezen.

Bij besluit van 27 juli 2011 (het primaire besluit II) heeft verweerder aan het Dolfinarium een EG-certificaat verleend voor het vervoer van een orka naar Loro Parque, Tenerife.

Bij de besluiten van 12 oktober 2011 (de bestreden besluiten I en II) heeft verweerder het bezwaar van eisers tegen de primaire besluiten ongegrond verklaard.

Eisers hebben tegen deze besluiten beroep ingesteld.

De rechtbank heeft de zaak ter zitting behandeld op 1 november 2012. Namens eisers zijn verschenen [A] en [B], evenals bovengenoemde gemachtigde. Als getuige deskundige was namens eisers aanwezig J. Foster, bijgestaan door P.J. Molenaar, tolk Engels. Het Dolfinarium was vertegenwoordigd door haar bovengenoemde gemachtigde, [C], [D] en [E] (verbonden aan Loro Parque te Tenerife), bijgestaan door C.E.M. van Lingen, tolk Engels. Verweerder was vertegenwoordigd door bovengenoemde gemachtigde en [F] en [G].

Overwegingen

1. Feiten en omstandigheden

1.1 Op 3 februari 2009 heeft verweerder het Dolfinarium voor de periode van 3 februari 2009 tot en met 2 februari 2014 een ontheffing verleend van de verbodsbepalingen genoemd in artikel 9, 10, en 13, eerste lid, van de Flora- en faunawet (Ffw) voor het doden, verwonden, vangen, bemachtigen of met het oog daarop opsporen, opzettelijk verontrusten, vervoeren, binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen en het onder zich hebben van exemplaren van walvisachtigen (Cetacea) voor onderzoek en bescherming van flora en fauna, te weten opvang, revalidatie en het terugzetten in de vrije natuur. Aan de ontheffing is de voorwaarde verbonden dat het Dolfinarium gevangen exemplaren van walvisachtigen tijdelijk onder zich mag houden, met het doel deze later weer vrij te laten. Als weer vrij laten niet mogelijk is, mogen dergelijke dieren permanent onder zich gehouden worden voor het doen van wetenschappelijk onderzoek.

1.2 Op 23 juni 2010 is een jonge vrouwtjesorka ernstig verzwakt aangetroffen in de Waddenzee. De orka is overgebracht naar het Dolfinarium om te herstellen, alwaar ze de naam 'Morgan' heeft gekregen.

1.3 Stichting The Black Fish e.a. (eisers), die deel uitmaken van een samenwerkingsverband dat de Orca Coalitie wordt genoemd, hebben op 17 december 2010 bij verweerder een verzoek tot handhaving ten aanzien van het Dolfinarium ingediend, aangezien het Dolfinarium door te besluiten Morgan niet terug te laten keren naar de vrije natuur handelt in strijd met de Ffw en de aan het Dolfinarium op 3 februari 2009 verleende ontheffing.

1.4 Bij primair besluit I heeft verweerder het verzoek tot handhaving afgewezen, omdat er geen sprake is van een overtreding van de Ffw. Het is in eerste instantie aan het Dolfinarium om te beoordelen of het doel de orka later weer vrij te laten, dat is genoemd in de voorwaarde bij de ontheffing, wel of niet gehaald kan worden. Het besluit van het Dolfinarium dat het niet mogelijk is Morgan terug te laten keren naar de natuur is gebaseerd op het rapport 'Expert Advice on the releasability of the rescued killer whale (Orcinus orca) Morgan' van 14 november 2010 dat is opgesteld door zeven experts. Het Dolfinarium handelt in overeenstemming met de verleende ontheffing, aldus verweerder.

1.5 Op 11 juni 2011 heeft het Dolfinarium bij verweerder een EG-certificaat aangevraagd voor het vervoer van Morgan van het Dolfinarium naar Loro Parque op Tenerife (Spanje).

1.6 Bij het primaire besluit II heeft verweerder de aanvraag van het Dolfinarium goedgekeurd en het EG-certificaat verleend met als voorwaarde dat Morgan voor onderzoek of onderwijs wordt gehouden. Verweerder heeft hiertoe overwogen dat het Dolfinarium niet in strijd handelt met de aan haar verleende ontheffing en daarmee handelt in overeenstemming met de Ffw. Desgevraagd heeft de Spaanse CITES Management Autoriteit (MA) haar wetenschappelijke autoriteit geraadpleegd. Zij heeft verweerder laten weten geen bezwaar te hebben tegen de overdracht van Morgan en dat Loro Parque deelneemt aan wetenschappelijk onderzoek dat bijdraagt aan het in stand houden van de soort. Volgens verweerder heeft het Dolfinarium in Loro Parque een passende, permanente verblijfplaats voor Morgan gevonden.

1.7 Eisers hebben zich verzet tegen het vervoer van Morgan naar Loro Parque en het besluit van verweerder om niet handhavend op te treden. Zij hebben bezwaar aangetekend tegen de primaire

beslissingen. Tevens hebben eisers een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening ingediend. Bij uitspraak van 3 augustus 2011 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank het verzoek ten aanzien van het primaire besluit II toegewezen en dit besluit geschorst tot zes weken nadat op het bezwaar van eisers is beslist, zodat Morgan niet naar Tenerife vervoerd kon worden. Het verzoek ten aanzien van het primaire besluit I is, wegens het ontbreken van spoedeisend belang, door de voorzieningenrechter afgewezen.

1.8 Bij het bestreden besluit I heeft verweerder het bezwaar van eisers ongegrond verklaard en het primaire besluit I gehandhaafd. Verweerder heeft hiertoe overwogen dat er voor hem geen inspanningsverplichting bestaat om al het mogelijke te doen om Morgan terug te laten keren in de vrije natuur. Met het tot stand komen van de Ffw is uitvoering gegeven aan Europese en internationale verdragen. Voor de beantwoording van de vraag of het mogelijk is om Morgan weer vrij te laten acht verweerder van belang dat Morgan een goede kans moet hebben om te overleven in de natuur. Hierbij is van belang dat Morgan behoort tot een orkasoort met een strikt sociale structuur. Morgans familiegroep is echter niet getraceerd. Morgan is verder een jong dier waarvan niet met zekerheid gesteld kan worden dat ze in haar eigen voedsel kan voorzien. Verweerder houdt de conclusie van het Dolfinarium, dat Morgan niet geschikt is om te worden vrijgelaten, niet voor onjuist.

1.9 Bij het bestreden besluit II heeft verweerder het bezwaar van eisers ongegrond verklaard en het primaire besluit II gehandhaafd. Verweerder heeft hiertoe overwogen dat het Dolfinarium Morgan op grond van de ontheffing mocht opvangen en ook binnen en buiten het grondgebied van Nederland mag vervoeren. Voorts is overeenkomstig de voorschriften van andere Uniewetgeving gehandeld, nu is vastgesteld dat het niet verantwoord is Morgan terug te laten keren in de vrije natuur.

1.10 Eisers hebben tegen de bestreden besluiten I en II beroep ingesteld en nieuwe verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening ingediend. Daarnaast heeft het Dolfinarium verzocht om opheffing van de door de voorzieningenrechter eerder getroffen voorlopige voorziening. Bij uitspraak van 21 november 2011 heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat er gelet op het voorlopige rechtmatigheidsoordeel en de belangenafweging ten aanzien van de bestreden besluiten geen grond bestaat voor het treffen van een voorlopige voorziening en dat het verzoek hiertoe wordt afgewezen. Voorts is de eerder getroffen voorlopige voorziening opgeheven.

1.11 Op 29 november 2011 is Morgan vanuit het Dolfinarium getransporteerd naar Loro Parque, waar zij tot op heden verblijft.

2. Beoordeling van de belanghebbendheid van eisers

2.1 Reeds in de voorlopige voorzieningprocedures is de vraag aan de orde gesteld of de vier stichtingen die deel uitmaken van het samenwerkingsverband Orca Coalitie, kunnen worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

2.2 Voor het beantwoorden van deze vraag is bepalend of de stichtingen krachtens hun statutaire doelstelling en blijkens hun feitelijke werkzaamheden een rechtstreeks bij de bestreden besluiten betrokken algemeen of collectief belang in het bijzonder behartigen.

2.3 De rechtbank stelt vast dat partijen ter zitting hebben aangegeven geen redenen te zien om te twijfelen aan de belanghebbendheid van Stichting The Black Fish, Stichting Dolphinmotion, Stichting Sea First en Stichting een Dier een Vriend, dan wel zich hebben gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank hierover. De rechtbank ziet geen aanleiding om ambtshalve tot het oordeel te komen dat de stichtingen niet als belanghebbenden kunnen worden gezien, nu de statutaire doelstellingen van de stichtingen voldoende onderscheidend werken om op grond daarvan te kunnen aannemen dat de belangen van de stichtingen rechtstreeks betrokken zijn bij de bestreden besluiten. In de bezwaarfase hebben alle stichtingen voorts een nadere toelichting op hun feitelijke werkzaamheden gegeven. Hierin liggen naar het oordeel van de rechtbank voldoende aanknopingspunten voor een inzichtelijke afbakening van de belangen die de stichtingen in het bijzonder behartigen. Verweerder heeft de stichtingen dan ook terecht als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 van de Awb aangemerkt.

3. Beoordeling ten aanzien van de verlening van het EG-certificaat

3.1 Procesbelang

3.1.1 Morgan is op 29 november 2011 overgedragen aan Loro Parque op Tenerife. Als verdere aanvraag ligt voor of eisers nog procesbelang hebben bij het beroep dat ziet op het EG-certificaat dat is afgegeven ten behoeve van het vervoer van Morgan van het Dolfinarium in Harderwijk naar Loro Parque.

3.1.2 Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat eisers geen procesbelang meer hebben bij een inhoudelijke beoordeling van dit beroep aangezien zij met deze beroepsprocedure niet (meer) kunnen bereiken wat zij willen bereiken. Het EG-certificaat is uitgewerkt aangezien het transport naar Loro Parque al heeft plaatsgevonden. Zelfs al zou worden geoordeeld dat dit transport onrechtmatig heeft plaatsgevonden, dan betekent dit niet dat Morgan terug zou moeten naar het Dolfinarium. De situatie in Spanje kan immers gelegaliseerd worden nu daar dezelfde Europese regelgeving van toepassing is.

3.1.3 Eisers hebben aangevoerd nog wel degelijk belang te hebben bij de inhoudelijke behandeling van het beroep, niet omdat zij willen bereiken dat Morgan terug wordt gebracht naar het Dolfinarium, maar omdat zij deze uitspraak als basis willen gebruiken voor een vervolprocedure in Spanje met als uiteindelijk einddoel de terugkeer van Morgan naar zee. Een uitspraak van de Nederlandse rechter waaruit volgt dat Loro Parque Morgan onrechtmatig heeft verkregen, heeft in Spanje wel degelijk enig gezag, zeker indien daarin uitleg wordt gegeven over eveneens in Spanje geldende regelgeving zoals de Habitatrichtlijn. Daarnaast hebben eisers aangegeven ook met het oog op de toekomst meer duidelijkheid te willen verkrijgen omtrent de juridisch gezien juiste wijze van handelen bij het aantreffen van een verzwakte orka in Nederlandse wateren.

3.1.4 De rechtbank is van oordeel dat het procesbelang voor eisers niet is komen te vervallen met het overbrengen van Morgan naar Tenerife. Het enkele feit dat het EG-certificaat is uitgewerkt is daarvoor onvoldoende. De rechtbank ziet geen aanleiding in dit opzicht anders te oordelen dan bij bijvoorbeeld een uitgewerkte bouwvergunning waarover nog wordt geprocedeerd. Ook dan kan een rechterlijk oordeel leiden tot wijzigingen achteraf in de bestaande toestand. De omstandigheid dat Morgan zich thans buiten Nederland bevindt, doet daar niet aan af. Het is niet op voorhand uit te sluiten dat een Nederlands rechterlijk oordeel omtrent de rechtmatigheid van het verleende EG-certificaat voor het vervoer van Morgan naar Spanje van belang kan zijn in een vervolprocedure in Spanje. Ook Spanje is gebonden aan het beginsel van unietrouw.

Eisers hebben ook gesteld dat zij een vervolprocedure in Spanje willen starten en de rechtbank ziet (mede gelet op alle inspanningen die eisers zich tot dusver reeds hebben getroost) geen reden om te twifelen aan het realiteitsgehalte van deze stelling.

3.1.5 Eisers hebben ter zitting aangevoerd dat het Dolfinarium geen belang meer heeft bij een oordeel omtrent in ieder geval het EG-certificaat en dat zij daarom niet meer als partij aan het geding deel zou mogen nemen. Eisers hebben er daarbij op gewezen dat Morgan zich sinds het transport niet meer in de feitelijke macht van het Dolfinarium bevindt en dat het Dolfinarium niet meer beschikt over een ontheffing van de verbodsbepalingen genoemd in artikel 9, 10, en 13, eerste lid, van de Ffw, nu deze ontheffing met ingang van 1 juli 2012 is verleend aan Stichting SOS Dolfijn.

3.1.6 De rechtbank overweegt dat reeds uit de omstandigheid dat het Dolfinarium de geadresseerde is van het primaire besluit II en degene is op wiens naam het certificaat is gesteld, volgt dat het Dolfinarium zich als belanghebbende partij in het onderhavige beroep kan stellen en belang heeft bij de uitkomst daarvan. Een herroeping/vernietiging van het certificaat zou onder omstandigheden ook tot schadeclaims jegens het Dolfinarium kunnen leiden. Het Dolfinarium heeft daarom het recht zich te verdedigen tegen de grieven die door eisers jegens haar zijn opgeworpen. De rechtbank volgt eisers dan ook niet in hun stelling dat het Dolfinarium haar standpunten niet naar voren zou mogen brengen.

3.2 Standpunten van partijen

3.2.1 Eisers hebben in beroep aangevoerd dat op verweerder een inspanningsverplichting rust om gestrande, opgevangen en daarna herstelde orka's terug te laten keren in hun natuurlijke omgeving. Ter onderbouwing van dit standpunt wijzen zij onder andere op een artikel van mr. dr. [H], 'De troebele regels rond de opvang van zeezoogdieren. Een analyse aan de hand van de casus van orka

Morgan', gepubliceerd in het blad Milieu & Recht van december 2011. De vraag of Morgan terug kan keren naar haar natuurlijke omgeving kan alleen worden beantwoord indien Morgan daartoe een redelijke kans heeft gekregen. Door middel van het uitvoeren van het Morgan Release Plan dat op 3 november 2010 is opgesteld door de Free Morgan Group kan met voldoende zekerheid worden vastgesteld of Morgan al dan niet in vrijheid gesteld kan worden. Verweerder had niet slechts op basis van informatie die afkomstig was van één partij met een duidelijk commercieel belang mogen concluderen dat vrijlating niet mogelijk was. Het rapport van het Dolfinarium is onjuist en onzorgvuldig tot stand gekomen. Eisers betwisten de deskundigheid en onafhankelijkheid van een aantal deskundigen die het rapport hebben opgesteld. Bovendien ging het in die rapportage om een momentopname. Nadien heeft een aantal van de deskundigen afstand genomen van hun eerdere oordeel zoals verwoord in de rapportage van het Dolfinarium.

Eisers hebben daarnaast informatie overgelegd van andere orkadeskundigen die zich hebben uitgesproken voor het ondernemen van pogingen om Morgan vrij te laten. Ter zitting heeft J. Foster toegelicht waarom Morgan een goede kandidate is voor een programma voor terugkeer naar haar natuurlijke habitat. Daarbij is in het bijzonder benadrukt dat Morgan nog herinnering lijkt te hebben aan haar leven in de vrije zee.

Eisers hebben voorts betoogd dat Loro Parque niet geschikt is om Morgan naar over te brengen en dat haar welzijn in Loro Parque in gevaar komt. Het EG-certificaat is enkel formeel aangevraagd en verleend ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek. Er wonen al vijf orka's in Loro Parque en het belang van een zesde voor de gestelde educatieve doeleinden is nihil en niet aangetoond. Het werkelijke belang om Morgan over te brengen naar Loro Parque is een commercieel belang. Eisers betwisten dat het door Loro Parque uitgevoerde onderzoek bijdraagt aan de instandhouding van de soort in haar natuurlijke omgeving.

3.2.2 Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat er geen inspanningsverplichting is om al het mogelijke te doen om Morgan terug te laten keren naar de natuur. Op basis van het rapport van het Dolfinarium 'Expert advice on the releasability of the rescued killer whale (Orcinus Orca) Morgan' van 14 november 2010 heeft verweerder geconcludeerd dat het uitvoeren van het door eisers voorgestane stappenplan geen reële optie is. Het plan van eisers geeft weliswaar een uitgebreide beschrijving van de stappen die gezet kunnen worden om Morgan weer vrij te laten, maar geeft geen onderbouwing van het standpunt dat Morgan geschikt zou zijn voor vrijlating. Morgan hoort in de natuur thuis, maar niet ten koste van haar welzijn. Het stappenplan van de Free Morgan Group en de door eisers overgelegde rapportage 'Morgan the orca can and should be rehabilitated' van [J] en [K] doen niet af aan de juistheid van de conclusies van het rapport van het Dolfinarium.

Loro Parque is voldoende uitgerust om Morgan te houden en goed te verzorgen. De Spaanse CITES MA heeft na raadpleging van haar wetenschappelijke autoriteit bevestigd dat Loro Parque deelneemt aan wetenschappelijk onderzoek dat bijdraagt aan het in stand houden van de soort. Het EG-certificaat is niet enkel afgegeven ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek, maar ook ten behoeve van onderwijs met het oog op de bescherming en instandhouding van de soort. Loro Parque is een dierentuin in de zin van Richtlijn 1999/22/EG en wordt als zodanig niet aangemerkt als overwegend commerciële instelling, maar heeft voornamelijk een educatieve functie.

3.2.3 Het Dolfinarium heeft in essentie hetzelfde standpunt als verweerder. Daarbij is aangevoerd dat vrijlating van Morgan geen reële optie is en is naar voren gebracht dat eerdere herintroductions van walvisachtigen bepaald niet altijd succesvol zijn verlopen. Ook heeft het Dolfinarium benadrukt dat in Loro Parque op een professionele, aandachtsvolle en verantwoorde manier wordt omgegaan met de zich daar bevindende dieren, waaronder Morgan. Dit laatste is ook ter zitting aangegeven door de medegemachtigde [E], die er ook melding van heeft gemaakt dat binnen enkele dagen een aanvang wordt gemaakt met een internationaal wetenschappelijk onderzoek naar een mogelijke doofheid van Morgan.

3.3 Wettelijk kader

3.3.1 De orka is opgenomen in bijlage A van Verordening (EG) Nr. 338/97 (de Basisverordening). Deze verordening heeft tot doel in het wild levende dier- en plantensoorten te beschermen en in stand te houden door controle op het desbetreffende handelsverkeer.

3.3.2 Ingevolge artikel 2, sub p, van de Basisverordening wordt voor de toepassing van deze verordening onder "verkoop" verstaan alle vormen van verkoop. Voor de toepassing van deze

verordening worden huur, ruil of uitwisseling gelijkgesteld met verkoop; uitdrukkingen van dezelfde strekking worden in dezelfde zin geïnterpreteerd.

3.3.3 Ingevolge artikel 8, eerste lid, van de Basisverordening is de aankoop, het te koop vragen, de verwerving voor commerciële doeleinden, het gebruik met winst oogmerk en het verkopen, het in bezit hebben met het oog op verkoop, het ten verkoop aanbieden of het vervoeren met het oog op verkoop van specimina van de in bijlage A genoemde soorten verboden. Ingevolge het derde lid onder g kan in overeenstemming met de voorschriften van andere Gemeenschapswetgeving betreffende de instandhouding van wilde fauna en flora per geval ontheffing van de in lid 1 genoemde verbodsbepalingen worden verleend door afgifte van een daartoe strekkend certificaat door een administratieve instantie van de Lid-Staat waarin het specimens zich bevinden, indien de specimina bestemd zijn voor onderzoek of onderwijs dat de bescherming of de instandhouding van de soort op het oog heeft.

3.4 Inhoudelijke beoordeling van het geschil

3.4.1 Uitgangspunt voor de verlening van het EG-certificaat is artikel 8, derde lid onder g, van de Basisverordening. De rechtbank zal allereerst onderzoeken of de verlening van het EG-certificaat in het onderhavige geval in overeenstemming is met de voorschriften van Gemeenschapswetgeving betreffende de instandhouding van wilde fauna en flora.

3.4.2 De rechtbank is van oordeel dat uit het Biodiversiteitsverdrag, het Zeerechtverdrag of het Walvisvaartverdrag geen concrete verplichtingen voortvloeien die rechtstreeks van belang zijn voor de onderhavige beoordeling. De genoemde verdragen bevatten algemeen verwoorde verplichtingen en dienen als een kader waarbinnen de andere nationale en internationale wettelijke bepalingen in samenhang gelezen kunnen worden. De conclusies van mr. dr. [H] in het door eisers overgelegde artikel uit Milieu & Recht van december 2011 worden op dit punt door de rechtbank onderschreven.

3.4.3 Het op het Verdrag van Bonn (Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals) gebaseerde ASCOBANS-verdrag (Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas) voorziet wel in een verplichting tot onmiddellijke vrijlating (een 'obligation tot release immediately any animals caught alive and in good health'), maar Morgan verkeerde op het moment dat zij werd aangetroffen in de Waddenzee onbetwist niet in goede gezondheid. Van schending van deze verplichting is dan ook geen sprake.

In het geval van Morgan was ook geen sprake van bijvangst of van een gestrand (overleden) dier als bedoeld in paragraaf 3 van de Annex bij het ASCOBANS-verdrag.

Evenmin was sprake van de in paragraaf 4 bedoelde - en verboden - 'intentional taking'. Er zijn na het aantreffen van Morgan in de Waddenzee ook direct pogingen ondernomen om Morgan weer naar zee te geleiden, maar deze pogingen zijn niet geslaagd. Eerst daarop is besloten Morgan over te brengen naar het Dolfinarium.

Dat van een verboden intentional taking geen sprake is geweest, blijkt ook uit het feit dat partijen ter zitting hebben aangegeven de "vangst" van Morgan destijds als zodanig niet onrechtmatig te achten, gelet op de situatie waarin Morgan verkeerde.

3.4.4 Het verlenen van een EG-certificaat komt in het onderhavige geval verder niet op voorhand in strijd met het Verdrag van Bern (Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats), Richtlijn 92/43/EEG (Habitatrichtlijn) of de Ffw, nu deze allemaal de mogelijkheid kennen om af te wijken van het verbod om een orka (opgenomen in Appendix II van het Verdrag van Bern en bijlage IV van de Habitatrichtlijn) te houden ten behoeve van onderzoek en onderwijs. Artikel 9, eerste lid, van het Verdrag van Bern en het daarmee corresponderende artikel 16, eerste lid onder d, van de Habitatrichtlijn stellen daaraan echter wel de voorwaarde dat er geen andere bevredigende oplossing bestaat en dat de afwijking van het verbod geen afbreuk doet aan het voortbestaan van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied. De Habitatrichtlijn is geïmplementeerd in de Ffw, alwaar de voorwaarde dat er geen andere bevredigende oplossing bestaat tot uitdrukking is gekomen in artikel 75, zesde lid, Ffw dat ziet op het verlenen van een ontheffing, zoals die op 3 februari 2009 is verleend aan het Dolfinarium.

3.4.5 Eisers hebben betoogd dat er wel degelijk een andere bevredigende oplossing bestaat, namelijk het stappenplan van de Free Morgan Group en dat er door het niet terug laten keren van Morgan

afbreuk wordt gedaan aan het streven de orka populatie in de noordelijke Atlantische Oceaan in stand te houden. Eisers hebben de inspanningsverplichting voor verweerder in dit kader geconcretiseerd in het moeten aflopen van het stappenplan tot herintroductie, voordat mag worden gekozen voor een verder houden van Morgan in gevangenschap.

3.4.6 In het bestreden besluit heeft verweerder een andere insteek gekozen. Hij heeft bij het maken van zijn afwegingen aansluiting gezocht bij resolutie 10.7 van the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (het CITES-verdrag). Deze resolutie gaat ervan uit dat uitzetting van een specimen in het wild niet altijd mogelijk is en beschrijft dat gevangenschap een optie is in gevallen waarin het dier niet kan worden teruggezet dan wel dat dit niet in het belang is voor het behoud van de soort. De resolutie verduidelijkt dat de bepalingen van het CITES-verdrag niet zo moeten worden uitgelegd dat steeds uitzetting in de natuur moet volgen, maar dat dit slechts gewenst is onder specifieke omstandigheden. Het welzijn van het dier is daarvoor een belangrijk aspect. Resolutie 10.7 zegt daarover onder meer "While return to the wild may appear to be humane, it may be nothing more than a sentence to a slow death".

3.4.7 De rechtbank stelt voorop dat de zinsnede "andere bevredigende oplossing" in het Verdrag van Bern en de daarmee corresponderende artikelen 16, eerste lid onder d, van de Habitatrichtlijn en artikel 75, zesde lid van de Ffw, weinig concreet is. In wezen zijn partijen het daarover ook eens, waar zowel eisers als verweerder een nadere concretisering van die term hebben gegeven. Ook het bestaan van resolutie 10.7 illustreert de noodzaak tot concretisering.

3.4.8 In dit geding staat vervolgens de vraag centraal of de door verweerder gegeven concretisering in rechte kan standhouden of niet.

3.4.9 Daartoe stelt de rechtbank voorop dat haar geen bepaling van nationaal of internationaal recht bekend is die strijdt met de door verweerder gekozen aansluiting bij het CITES-verdrag voor de invulling van het begrip "andere bevredigende oplossing". Van de zijde van eisers is een dergelijke bepaling ook niet genoemd.

3.4.10 Daarmee is niet gezegd dat de wet en het CITES-verdrag verweerder dwingen tot de door hem gemaakte keuze. Het CITES-verdrag ziet immers op de regulering van de handel in wilde dieren en op het handelen na inbeslagname daarvan, en is daarmee niet (rechtstreeks) van toepassing op de voorliggende situatie. Verweerder heeft echter ook niet gesteld dat dat verdrag dwingt tot de door hem gemaakte keuze, maar heeft bij zijn afwegingen aansluiting gezocht bij dat verdrag.

3.4.11 In een situatie waarin sprake is van interpretatie van een voor verschillende uitleg vatbare zinsnede als "andere bevredigende oplossing", kan verweerder als terzake deskundig te achten bestuursorgaan niet de vrijheid worden ontzegd om te komen tot een nadere concretisering, zolang daarbij niet wordt gehandeld in strijd met de wet en het recht. Verweerder mag daarbij ook aansluiting zoeken bij vergelijkbare juridische kaders.

3.4.12 De rechtbank wijst er daarbij wel met nadruk op, dat die keuzevrijheid van verweerder niet onbeperkt is. Verweerder dient zich ook maatschappelijk te verantwoorden, en zal, indien de Tweede Kamer dat wenst, ook daar verantwoording dienen af te leggen. Daarbij beschikt de Tweede Kamer ook over politieke machtsmiddelen. Daarvan is in het geval van Morgan ook daadwerkelijk gebruik gemaakt, getuige een drietal moties dat door de Partij voor de Dieren over Morgan is ingediend (een van die moties is aangenomen, twee ervan zijn verworpen, zie Kamerstukken vergaderjaar 2010-2011, nr. 53 en nr. 54 en vergaderjaar 2011-2012, nr. 542).

Verweerder zal zich ook voortdurend dienen te beraden op de vraag of er politiek of maatschappelijk aanleiding bestaat zijn afwegingskader en besluitvorming bij te stellen. Naar ter zitting is gebleken is van dergelijk beraad en van dergelijke bijstellingen feitelijk ook sprake. Zo beschikt inmiddels niet meer het Dolfinarium, maar SOS Dolfijn over een ontheffing op grond van artikel 75 van de Ffw. Verweerder heeft voor eisers bovendien een plaats aan de overlegtafel ingeruimd bij de formulering van toekomstig beleid.

3.4.13 De rechter heeft bij dat alles echter geen rol. Mede gelet op de mogelijkheden tot democratische controle op het handelen van verweerder, dient de rechtbank zich te beperken tot het op enige afstand op de juridische merites beoordelen van de door verweerder gemaakte keuzes. In

het voorliggende geval betekent dat dat slechts indien gezegd moet worden dat verweerder in redelijkheid geen aansluiting heeft kunnen zoeken bij het CITES-verdrag, er grond is voor de rechter om die keuze onrechtmatig te achten.

3.4.14 De rechtbank dient dan ook de vraag te beantwoorden of verweerder in redelijkheid aansluiting heeft kunnen zoeken bij resolutie 10.7 bij het CITES-verdrag.

3.4.15 Die vraag beantwoordt de rechtbank bevestigend. Resolutie 10.7 ziet feitelijk op het al dan niet terugplaatsen van dieren in de vrije natuur; de vraag die in de situatie van Morgan aan de orde is. Bovendien noemt artikel 2, onder b, van de Basisverordening het CITES-verdrag expliciet, en is de orka opgenomen in Appendix II van het CITES-verdrag. Door de aansluiting bij het CITES-verdrag heeft verweerder dus aansluiting behouden bij het juridische kader van de Basisverordening. De rechtbank voegt daar nog aan toe dat in geen van de andere hiervoor besproken regelingen een specifiek kader is geformuleerd voor de terugplaatsing van dieren in de vrije natuur.

3.4.16 Uit resolutie 10.7 bij het CITES-verdrag volgt dat uitzetting in de natuur niet altijd mogelijk is en ook niet altijd moet. Gevangenschap is onder omstandigheden een optie. Dat betekent dat de omstandigheid dat Morgan in gevangenschap vertoeft, niet op voorhand betekent dat sprake is van een schending van het CITES-Verdrag of van strijd met het door verweerder gekozen beoordelingskader. De rechtbank voegt daar volledigheidshalve nog aan toe dat op grond van hetgeen hiervóór is overwogen evenmin sprake is van strijd van die gevangenschap met andere verdragen.

3.4.17 Wel zal een zorgvuldig onderzoek verricht moeten worden naar de vraag of geen sprake is van een andere bevredigende oplossing.

Anders dan bij het primaire besluit II heeft verweerder zich bij het nemen van het bestreden besluit II niet enkel gebaseerd op de rapportage van het Dolfinarium 'Expert advice on the releasability of the rescued killer whale (Orcinus orca) Morgan' van 14 november 2010, maar ook op door eisers overgelegde rapportages. Verweerder heeft op grond van alle rapportages geconcludeerd dat terugplaatsing van Morgan in zee geen reële mogelijkheid is, aangezien zij dan geen redelijke overlevingskans heeft. Hierbij heeft verweerder van belang geacht dat er onduidelijkheid bestaat over de identiteit van Morgans familiegroep, terwijl Morgan om te overleven afhankelijk is van haar familiegroep (ook wel: pod). De door eisers overgelegde akoestische rapportage van 23 september 2011 heeft verweerder geen aanleiding gegeven om op dit standpunt terug te komen, aangezien de rapportage de onzekerheid omtrent Morgans pod niet heeft weggenomen. Ook volgens eisers blijkt uit die rapportage niet van een volledige match. Volgens de deskundigen van het Dolfinarium is het niet te verwachten dat een orka gemakkelijk in iedere willekeurige familiegroep wordt opgenomen.

3.4.18 Naar blijkt uit alle in het dossier voorhanden zijnde rapporten en de verklaringen ter zitting van J. Foster en [J] van de zijde van eisers en van de aan het Dolfinarium verbonden dierenarts [D] en de aan Loro Parque verbonden [E], blijkt dat onder de deskundigen geen communis opinio heerst. Dat, zoals eisers stellen, nadien bepaalde deskundigen hun conclusies zoals die zijn verwoord in de rapportage voor het Dolfinarium hebben genuanceerd of gewijzigd doet op zich aan dat gegeven niet af. Ook dan blijft staan dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld wat voor Morgan de meest bevredigende oplossing is. Naar blijkt uit de verklaring van J. Foster is deze deskundige ervan overtuigd dat Morgan een goede candidate is voor een stappenplan, omdat zij waarschijnlijk nog een herinnering heeft aan het leven in de vrije zee, maar is er geen garantie te geven dat Morgan daar zal overleven of een volwaardig bestaan zal kunnen leiden.

3.4.19 Eisers hebben ter zitting een presentatie gehouden ter onderbouwing van het standpunt dat het welzijn van Morgan niet is gediend met het leven in gevangenschap in Loro Parque. Van de zijde van Loro Parque is dit door [E] uitdrukkelijk betwist. Morgan heeft aansluiting bij haar soortgenoten. Wel is sprake van een verdenking van doofheid van Morgan, maar dat is op dit moment niet meer dan een verdenking, waarnaar nader onderzoek wordt verricht, aldus [E].

3.4.20 De rechtbank stelt voorop dat waar het betreft de mogelijke doofheid van Morgan, er geen onderzoeksgegevens voorliggen, zodat de rechtbank daarmee geen rekening kan houden. De wel voorhanden zijnde gegevens zijn ook waar het betreft het leven in gevangenschap van Morgan niet eenduidig. De presentatie van eisers ter zitting is gemotiveerd weersproken door [E], en ook door de aan het Dolfinarium verbonden dierenarts [D]. De rechtbank neemt tot uitgangspunt dat Loro

Parque een dierenpark is in de zin van de Richtlijn 1999/22/EG (Dierenparkrichtlijn), die zich ook dient te houden aan de in die richtlijn geformuleerde voorwaarden die ook het welzijn van het gevangen dier dienen. Er is zo gezien geen grond om op voorhand aan te nemen dat het welzijn van Morgan niet kan zijn gediend met een verblijf in Loro Parque.

Daar komt bij dat CITES-resolutie 10.7 een vergelijking eist tussen diverse opties. In de door eisers voorgestane mogelijkheid van geleidelijke herintroductie in zee staat niet vast dat het welzijn van Morgan daarmee is gediend. Ook eisers houden immers de mogelijkheid open dat een dergelijke herintroductie uiteindelijk zal blijken niet te kunnen slagen. De situatie waarin Morgan in de Waddenzee is aangetroffen wijst er ook op dat een leven van Morgan in de vrije zee bepaald niet vrij van risico's is.

3.4.21 Waar niet eenduidig en met zekerheid kan worden vastgesteld wat de meest bevredigende oplossing is in het geval van Morgan, kan verweerder in redelijkheid kiezen voor de optie van vervoer naar Loro Parque.

Eisers hebben een aanbod gedaan om te voorzien in de financiering van het stappenplan. Verweerder hoefde daarin geen reden te zien om te komen tot een ander besluit. De rechtbank wijst er daarbij op dat het nog maar de vraag is in hoeverre financiële aspecten een rol kunnen en mogen spelen bij een besluit als in geding.

3.4.22 De rechtbank ziet voorts geen grond voor het oordeel dat de afwijking van het verbod om orka's te houden in het geval van Morgan afbreuk doet aan het voortbestaan van de orka's in hun natuurlijke verspreidingsgebied.

Morgan bevond zich niet meer bij haar familie toen zij werd gevonden. Tussen partijen is ook niet in geschil dat Morgan er toen slecht aan toe was. Indien in het geheel niet was ingegrepen, zou Morgan naar alle waarschijnlijkheid zijn overleden. Voor zover al sprake was van een bedreiging voor het voortbestaan van de orka's, deed deze zich dus al eerder voor dan op het moment van menselijk ingrijpen.

Daar komt nog bij dat geen van partijen, ook eisers niet, uitgaat van een zekere, geslaagde herintroductie van Morgan in de vrije zee.

3.5.1 Verweerder kon in beginsel dan ook een EG-certificaat afgeven voor het vervoer van Morgan. Wel dient dan te zijn voldaan aan de voorwaarde dat het doel daarvan is onderzoek of onderwijs dat de bescherming of de instandhouding van de soort op het oog heeft.

3.5.2 Eisers hebben dit laatste bestreden en aangevoerd dat het EG-certificaat enkel voor onderzoek is afgegeven, dat Loro Parque geen geschikte locatie is om Morgan permanent onder te brengen en dat Loro Parque geen onderzoeken verricht die bijdragen aan de bescherming en instandhouding van de soort, al helemaal niet waarvoor de aanwezigheid van Morgan noodzakelijk is. De overdracht zou enkel zijn ingegeven vanuit commerciële belangen, aldus eisers.

Verweerder en het Dolfinarium stellen dat het certificaat, zoals daarop ook is aangegeven, zowel voor onderzoek als voor onderwijs is verleend. Loro Parque heeft een educatieve functie, en doet wel degelijk onderzoek. In dat kader zijn ook stukken overgelegd.

3.5.3 De rechtbank stelt vast dat – anders dan eisers betogen – het EG-certificaat is afgegeven zowel voor het verrichten van onderzoek als ten behoeve van educatie. Op het EG-certificaat staat immers onder punt 18 de verklaring dat Morgan is bestemd om:

"te worden gebruikt ter vergroting van de wetenschappelijke kennis (...) voor onderzoek of educatieve doeleinden."

3.5.4 Loro Parque is onbetwist een dierenpark in de zin van de Dierenparkrichtlijn. De educatieve functie van Loro Parque is daarmee een gegeven. Artikel 3 van die richtlijn zegt immers uitdrukkelijk dat dierenparken de voorlichting en bewustmaking van het publiek tot taak hebben. Dat is een vorm van onderwijs.

3.5.5 Ten aanzien van de afgifte van het certificaat ten behoeve van onderzoek ziet de rechtbank gelet op de in beroep overgelegde stukken, waaronder enkele voorbeelden van onderzoeken die zijn verricht bij Loro Parque en twee projectvoorstellen met betrekking tot te verrichten wetenschappelijke onderzoeken, geen aanleiding om aan te nemen dat er in zijn geheel geen onderzoek plaats vindt in Loro Parque. Dat er mogelijk vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de wetenschappelijke waarde van (sommige van) deze onderzoeken doet hier niet aan af. In dit kader wijst de rechtbank ook op

artikel 3 van de Dierentuinrichtlijn. Dat artikel geeft dierentuinen uitdrukkelijk de opdracht deel te nemen aan onderzoek dat goed is voor het behoud van de diersoorten, herstel van de populatie of het herintroduceren van soorten in hun natuurlijke omgeving.

3.5.6 Voorts wijst de rechtbank op artikel 1 van de Dierentuinrichtlijn waaruit volgt dat dierentuinen uitdrukkelijk een rol hebben te vervullen bij het behoud van de biologische diversiteit.

3.5.7 Aan de voorwaarden met betrekking tot onderwijs en/of onderzoek is dan ook voldaan. Gelet daarop kan en zal de rechtbank in het midden laten in hoeverre verweerder mocht vertrouwen op de mededelingen van de Spaanse CITES-autoriteit.

3.5.8 Anders dan eisers lijken te betogen stelt artikel 8, derde lid onder g, van de Basisverordening niet de voorwaarde dat het EG-certificaat alleen verstrekt mag worden indien het dier waarvoor dit certificaat is aangevraagd noodzakelijk is voor het onderzoek. Dat Loro Parque tevens commerciële activiteiten ontplooit doet evenmin af aan het feit dat Loro Parque aan natuuronderzoek en onderwijs doet.

3.5.9 De rechtbank overweegt verder dat verweerder bij het aanwijzen van Loro Parque als geschikte locatie voor Morgan onder andere van belang heeft geacht dat Loro Parque ruime ervaring heeft met het houden van orka's, dat er een introductieplan voor Morgan met de andere aanwezige orka's ligt en dat de Spaanse CITES autoriteit heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen de overdracht en dat er zich geen onregelmatigheden hebben voorgedaan met betrekking tot Loro Parque. De rechtbank ziet dan ook geen grond voor het oordeel dat Loro Parque overigens ongeschikt zou zijn voor Morgan. Uit de Dierentuinrichtlijn blijkt dat verblijf in een dierentuin het welzijn van een dier niet uitsluit. De rechtbank realiseert zich hierbij dat niet iedereen het met deze regelgeving eens is. De rechtbank heeft echter uit te gaan van de geldende wet- en regelgeving.

3.5.10 Ten slotte wijst de rechtbank erop dat er op basis van het Europese gemeenschapsrecht, (waaronder de Dierentuinrichtlijn), ook rechtens afdwingbare waarborgen bestaan voor het welzijn van Morgan. Voor zover eisers menen dat Loro Parque niet aan deze waarborgen voldoet, kunnen zij een procedure in Spanje starten. Gesteld noch gebleken is dat de Spaanse regering dergelijke regelgeving niet zou handhaven.

3.6 Conclusie

3.6.1 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat verweerder in redelijkheid het EG-certificaat aan het Dolfinarium kon verlenen. Het bestreden besluit II kan in rechte stand houden en de rechtbank zal het beroep ongegrond verklaren. Voor een veroordeling in de proceskosten of een vergoeding van griffierecht bestaat geen aanleiding.

4. Beoordeling ten aanzien van het handhavingsverzoek

4.1 Procesbelang

4.1.1 Nu Morgan niet meer in de feitelijke macht van het Dolfinarium verkeert, rijst ook in het kader van het beroep tegen het bestreden besluit I de vraag of er nog procesbelang bestaat bij een inhoudelijke beoordeling. Eisers hebben ter zitting aangevoerd nog steeds belang te hebben bij het beroep, aangezien in het bestreden besluit I niet is gereageerd op het verzoek om vergoeding van de kosten van rechtsbijstand op grond van artikel 7:15 van de Awb.

4.1.2 De rechtbank stelt vast dat eisers in het pro-forma bezwaarschrift van 25 mei 2011 om vergoeding van de kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand hebben verzocht. Verweerder heeft in het bestreden besluit I geen beslissing genomen ten aanzien van dit verzoek. Gelet hierop is het bestreden besluit I in strijd met artikel 7:15, derde lid, van de Awb genomen en komt het in zoverre voor vernietiging in aanmerking.

4.1.3 De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 7:15, tweede lid, van de Awb de kosten, die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, door het bestuursorgaan uitsluitend worden vergoed op verzoek van de belanghebbende voor

zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.

4.1.4 De rechtbank is van oordeel dat in dit geval van een herroeping van het primaire besluit geen sprake is. Reeds op die grond bestaat er geen aanleiding voor een proceskostenvergoeding in bezwaar. De rechtbank voegt daar nog aan toe dat, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, het Dolfinarium door Morgan niet uit te (laten) zetten in zee, geen overtreding heeft begaan. Voor herroeping bestond dus zo bezien ook geen aanleiding.

4.1.5 Gelet op het voorgaande zal de rechtbank op grond van artikel 8:72, vierde lid, onder c, van de Awb zelf in de zaak voorzien door het verzoek om vergoeding van de proceskosten in bezwaar alsnog af te wijzen. Deze uitspraak zal in de plaats treden van het vernietigde gedeelte van het bestreden besluit I.

4.1.6 De rechtbank zal verweerder veroordelen in de kosten die eisers voor de behandeling van het beroep bij de rechtbank redelijkerwijs hebben moeten maken. Deze kosten worden ingevolge het Besluit proceskosten bestuursrecht forfaitair begroot op € 218,50 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, € 437,- per punt, maal factor 0,25 (licht)). De rechtbank zal tevens bepalen dat verweerder het door eisers betaalde griffierecht aan hen vergoedt.

Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep tegen het bestreden besluit II ongegrond;
- verklaart het beroep tegen het bestreden besluit I gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit I voor zover daarin geen beslissing is genomen op het verzoek om vergoeding van de proceskosten in bezwaar;
- wijst het verzoek om proceskosten in bezwaar alsnog af;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het bestreden besluit I;
- bepaalt dat verweerder aan eisers het door hen betaalde griffierecht van € 302,- in de zaak met procedurenummer AWB 11/5030 BESLU vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van het geding tot een bedrag van € 218,50, te betalen aan eisers.

Deze uitspraak is gedaan door mr. H.J. Tijssink, voorzitter, mrs. A.D. Belcheva en A.M. van der Linden-Kaajan, leden, in aanwezigheid van mr. R.M. Wiersma, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 13 december 2012.

de griffier de voorzitter

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Afschrift verzonden op:

D: B

SB