

**LJN: BU5150, Rechtbank Amsterdam , AWB 11/5033 BESLU (voorlopige voorziening), AWB 11/5035 BESLU (voorlopige voorziening)**

Datum 21-11-2011

uitspraak:

Datum 21-11-2011

publicatie:

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Voorlopige voorziening

Inhoudsindicatie: De voorzieningenrechter heeft bepaald dat Orka Morgan naar Tenerife mag verhuizen. Het verzoek van de Orka-coalitie om dit te verbieden en om het Dolfinarium te verplichten mee te werken aan terugkeer naar zee, is afgewezen.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

**Uitspraak**

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector Bestuursrecht

uitspraak van de voorzieningenrechter

In de zaken met procedurenummers: AWB 11/5033 BESLU (voorlopige voorziening)

AWB 11/5035 BESLU (voorlopige voorziening)

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,  
verzoekers,  
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 het Dolfinarium Harderwijk B.V.  
gevestigd te Harderwijk,  
gemachtigde mr. D. Nas.

In de zaak met procedurenummer: AWB 11/4982 BESLU (verzoek tot opheffing van de voorlopige voorziening)

tussen:

de besloten vennootschap het Dolfinarium Harderwijk B.V.  
gevestigd te Harderwijk,  
verzoekster  
gemachtigde mr. D. Nas.

en

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

Tevens heeft als partij aan het geding deelgenomen:

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,  
gemachtigde mr. M.F. Wijngaarden,

#### Procesverloop

The Black Fish e.a. (hierna te noemen: de Orka Coalitie) hebben twee afzonderlijke verzoeken ingediend tot het treffen van een voorlopige voorziening. Deze verzoeken hangen samen met de door verzoekers afzonderlijk ingediende beroepen tegen de besluiten van verweerder van 12 oktober 2011 (de bestreden besluiten).

Dolfinarium Harderwijk B.V. (hierna te noemen: het Dolfinarium) heeft tevens een verzoek ingediend tot het opheffen van de voorlopige voorziening die de voorzieningenrechter bij uitspraak van 3 augustus 2011, met registratienummer AWB 11/3640 BESLU, heeft getroffen.

De voorzieningenrechter heeft het verzoek ter zitting behandeld op 7 november 2011.

Verschenen zijn:

- de gemachtigde van het Dolfinarium;
- namens het Dolfinarium de heer [directeur Dolfinarium] (directeur van het Dolfinarium), de heer [dierenarts Dolfinarium] (dierenarts van het Dolfinarium), mr. E. Philippi-Gho en [deskundige Loro Parque] (deskundige van het Loro Parque).
- de gemachtigde van verzoekers,
- namens verzoekers mevrouw [voorzitter Orka Coalitie] (voorzitter van de Orka Coalitie), mevrouw [orkadeskundige] (orkadeskundige) en mevrouw [voorzitter Free Morgan Foundation] (voorzitter van de Free Morgan Foundation), de laatste twee personen bijgestaan door mevrouw P.J. Molenaar, tolk Engels;
- de gemachtigde van verweerder;
- namens verweerder mevrouw mr. J.H. Verheul-Verkaik, de heer [persoon 1] en de heer [persoon 2].

#### Overwegingen

1. Op grond van artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gaat de voorzieningenrechter na of onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, het treffen van een voorlopige voorziening vereist in afwachting van de uitkomst van de bodemprocedure. Bij de daarvoor vereiste belangenafweging gaat het om een afweging van enerzijds het belang van de verzoeker dat een onverwijlde voorziening wordt getroffen en anderzijds het door de onmiddellijke uitvoering van het besluit te dienen belang.

#### 2. feiten en omstandigheden

2.1. Morgan, een jonge orka, is op 23 juni 2010 ernstig verzwakt in de Waddenzee aangetroffen. Het Dolfinarium heeft Morgan opgevangen en zij verblijft daar nog steeds.

2.2. De Orka Coalitie heeft op 17 december 2010 bij verweerder een handhavingsverzoek ingediend omdat zij van mening was en is dat het Dolfinarium in strijd handelt met de aan haar verleende ontheffing op grond van de Flora- en Faunawet en met internationale verplichtingen, omdat het Dolfinarium heeft besloten om Morgan niet terug te laten keren naar de vrije natuur maar over te

dragen aan Loro Parquo te Tenerife. Dit besluit van het Dolfinarium is gebaseerd op het rapport Expert advice on the releasability of the rescued killer whale (*Orcinus orca*) Morgan van 14 november 2010. De Orka Coalitie was en is het met dit besluit en het daaraan ten grondslag liggende rapport niet eens, omdat zij van mening is dat er nog steeds goede mogelijkheden zijn om Morgan terug te laten keren naar haar natuurlijke omgeving en heeft hiervoor verwezen naar het advies van het Free Morgan Expert Panel van 3 november 2010.

2.3. Verweerder heeft dit handhavingsverzoek afgewezen bij het primaire besluit van 15 april 2011. Daaropvolgend heeft verweerder bij primair besluit van 27 juli 2011 een EG-certificaat verleend aan het Dolfinarium voor de overdracht van Morgan naar Loro Parque te Tenerife.

2.4. De Orka Coalitie heeft tegen beide primaire besluiten afzonderlijk bezwaar gemaakt en verzoeken om een voorlopige voorziening ingediend. Bij uitspraak van 3 augustus 2011 (procedurenummers AWB 11/3441 BESLU en AWB 11/3640 BESLU) heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank de voorziening getroffen dat de verlening van het EG-certificaat is geschorst, zodat Morgan (nog) niet naar Tenerife vervoerd kon worden. Daarbij heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de besluiten van 15 april 2011 en 27 juli 2011 onzorgvuldig tot stand zijn gekomen en onvoldoende zijn gemotiveerd.

2.5. Tijdens de bezwaarfase is een hoorzitting geweest, hebben partijen stukken gewisseld, heeft verweerder afzonderlijk overleg met de Orkacoalitie en het Dolfinarium gevoerd en heeft verweerder met partijen het Dolfinarium bezocht. Dit heeft niet tot overeenstemming geleid. Verweerder heeft vervolgens bij de bestreden besluiten de bezwaren tegen de primaire besluiten ongegrond verklaard en de primaire besluiten gehandhaafd. Verweerder heeft hiertoe overwogen dat het Dolfinarium een ontheffing op grond van de Flora- en Faunawet heeft en dat in voorwaarde 8 van deze ontheffing is opgenomen dat het Dolfinarium gevangen exemplaren van walvisachtigen tijdelijk onder zich mag houden ter revalidatie, met het doel deze later weer vrij te laten. Als weer vrij laten niet mogelijk is, mogen dergelijke dieren permanent onder zich worden gehouden voor het doen van wetenschappelijk onderzoek. Meer specifiek heeft verweerder beoordeeld of het weer vrijlaten van Morgan mogelijk is of niet. Voor die beoordeling acht verweerder van belang of Morgan een goede kans moet hebben om te overleven in de natuur. Het terugplaatsen van een dier in de wetenschap dat er een behoorlijke kans is dat het fout gaat omdat het dier niet zelfstandig kan overleven, acht verweerder niet verantwoord. Het uitgangspunt dat verweerder een verplichting zou hebben om al het mogelijke te doen om Morgan terug te laten keren in de natuur, ongeacht haar overlevingskansen, vindt volgens verweerder geen steun in het recht. Verweerder is van oordeel dat op grond van de overgelegde rapportages niet kan worden vastgesteld dat de conclusie van het Dolfinarium, dat Morgan niet geschikt is om te worden vrijgelaten, onjuist is. Verweerder is dan ook van oordeel dat het Dolfinarium heeft gehandeld overeenkomstig de ontheffing zodat niet handhavend kan worden opgetreden.

2.6. Ten aanzien van het verstrekte EG-certificaat heeft verweerder overwogen dat Morgan bestemd is voor onderzoek dat de bescherming of instandhouding van de soort op het oog heeft. De Spaanse CITES-autoriteit heeft aangegeven dat zij geen bezwaar heeft tegen overdracht van Morgan en heeft tevens bevestigd dat Loro Parque deelneemt aan wetenschappelijk onderzoek dat bijdraagt aan het in stand houden van deze soort. Loro Parque is een dierentuin in de zin van de Europese regelgeving. De autoriteit heeft gemeld dat Loro Parque voor het houden van de orka's drie programma's heeft ontwikkeld: een wetenschappelijk, een educatief en een fokprogramma. Verweerder is voorts van oordeel dat Loro Parque een geschikte locatie is om Morgan naartoe te verplaatsen. Verweerder heeft dan ook geconcludeerd dat het EG-certificaat overeenkomstig de wet- en regelgeving aan het Dolfinarium is verstrekt.

2.7. De Orka Coalitie heeft tegen deze bestreden besluiten afzonderlijk beroep ingesteld. Tevens heeft de Orka Coalitie twee verzoeken om een voorlopige voorziening ingediend. Eén verzoek strekt ertoe dat bij wijze van voorlopige voorziening wordt bepaald dat de rechtsgevolgen van het EG-certificaat worden opgeschort totdat op het beroep is beslist. Ten aanzien van het besluit tot afwijzing van het handhavingsverzoek verzoekt de Orka Coalitie dat verweerder wordt opgedragen aan het Dolfinarium een preventieve last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt dat het Dolfinarium medewerking verleent aan de uitvoering van het door de Free Morgan Group opgestelde stappenplan. Daarbij dient het Dolfinarium alle voor de terugkeer in de natuur relevante gegevens over te leggen. Voorts vordert de Orka Coalitie dat verweerder wordt opgedragen aan het Dolfinarium een last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt dat Morgan

wordt overgebracht naar Delta Park Neeltje Jans ter voorbereiding op haar vrijlating.

2.8. Het Dolfinarium heeft een verzoek ingediend tot het opheffen van de reeds getroffen voorlopige voorziening bij uitspraak van 3 augustus 2011. Deze voorziening loopt 23 november 2011 af. Het Dolfinarium vindt deze termijn te lang omdat de huisvesting van Morgan in het Dolfinarium niet meer adequaat is en Morgan behoefte heeft aan contact met soortgenoten zodat zij Morgan zo snel mogelijk naar Loro Parque in Tenerife over kan brengen.

### 3. beoordeling van algemene aard

3.1. De voorzieningenrechter zal een oordeel geven of de bestreden besluiten naar verwachting in stand zullen blijven. Tevens zal een belangenafweging plaatsvinden tussen enerzijds het belang van de Orka Coalitie om zo spoedig mogelijk een aanvang te nemen met het stappenplan om de orka in zee terug te plaatsten en anderzijds het belang van verweerder en het Dolfinarium dat de orka onmiddellijk naar Loro Parque gaat.

3.2. Nu de Stichting Black Fish gelet op haar doelstellingen als belanghebbende kan worden beschouwd, zal de rechter de belanghebbendheid van de andere verzoekers in het kader van deze voorlopige voorziening in het midden laten. Hierover zal worden geoordeeld in de bodemprocedure.

3.3. De Orka Coalitie heeft geklaagd over de totstandkoming van de besluiten omdat verweerder niet alle in de bezwaarprocedure gewisselde stukken bij de besluitvorming zou hebben betrokken. Verweerder heeft ter zitting aangegeven alle stukken in het dossier te hebben meegewogen in zijn oordeel, zodat deze grief in de bodemprocedure vermoedelijk niet zal slagen. Dit wordt in de kader van de voorzieningenprocedure dan ook buiten beschouwing gelaten.

### 4. beoordeling van het verzoek om handhaving

4.1. De vraag die in deze procedure dient te worden beantwoord is of het Dolfinarium handelt in strijd met het bepaalde in de Flora- en Faunawet en de aan haar verleende ontheffing en of verweerder gehouden is daartegen handhavend op te treden.

4.2. Aan het Dolfinarium is door verweerder op 3 februari 2009 op grond van artikel 75 Flora- en Faunawet ontheffing onder voorwaarden verleend 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). Een dergelijke ontheffing wordt voor deze species alleen verleend als geen andere bevredigende oplossing bestaat en is aan het Dolfinarium verleend voor onderzoek en bescherming van flora en fauna, te weten opvang, revalidatie en het voor onderzoek en terugzetten in de vrije natuur. De ontheffing staat in rechte vast en is verleend voor de periode 3 februari 2009 tot en met 2 februari 2012.

4.3. De volgende relevante voorwaarden zijn verbonden aan deze ontheffing:

8. Gevangen exemplaren van walvisachtigen (Cetaceae) mogen tijdelijk onder zich gehouden worden ter revalidatie, met het doel deze later weer vrij te laten. Als weer vrij te laten niet mogelijk is, mogen dergelijke dieren permanent onder zich gehouden worden voor het doen van wetenschappelijk onderzoek dat relevant is in het kader van door de EU-Habitatrichtlijn, de Conventie van Bern en ASCOBANS opgelegde verplichtingen. Het wetenschappelijk onderzoek dient uitgevoerd te worden met behulp van een onderzoeksplan welke naar Dienst Regelingen gestuurd moet worden.

9. Aangespoelde en gevangen dieren dienen zo spoedig mogelijk na rehabilitatie (en eventueel onderzoek) te worden uitgezet in een geschikt leefgebied zo dicht mogelijk bij de vindplaats.

11. Het is niet toegestaan de diersoorten die vermeld staan op Bijlage A van de Verordening (EG) 338/97 voor overwegend commerciële doeleinden, zoals bedoeld in artikel 8, eerste lid van de Verordening (EG) 338/97 te gebruiken.

13. De ontheffing voor het binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen van de dieren geldt uitsluitend indien hiervoor voorafgaand toestemming is verleend door de bevoegde instanties van de betrokken landen en de benodigde CITES-documenten afgegeven zijn.

4.4. Uit de ontheffing blijkt dat deze is bedoeld ter revalidatie van gestrande walvisachtigen zoals

Morgan en dat zij daarna weer teruggeplaatst moeten worden in zee. Ook verweerder gaat daarvan uit. Bij de besluitvorming en de vraag of het Dolfinarium conform de ontheffing heeft gehandeld, moet worden bepaald of Morgan vrij kan worden gelaten. Verweerder stelt zich daarbij op het standpunt dat bij het bepalen van een bevredigende oplossing moet worden beoordeeld of deze terugplaatsing uit het oogpunt van het welzijn van Morgan een redelijke kans van slagen heeft.

4.5. Bij zijn beoordeling heeft verweerder Resolutie 10.7 bij het CITES-verdrag betrokken. De CITES heeft tot doel, door een reglementering van de internationale handel een aantal bedreigde in het wild levende dier- en plantensoorten te beschermen. Zij voorziet in beschermingsregelingen die verschillen volgens de soorten, welke soorten overeenkomstig de drie bijlagen bij deze overeenkomst in drie klassen worden ingedeeld, naar gelang het risico op uitsterven waarmee zij worden bedreigd. Bijlage II bij de CITES vermeldt dieren en planten die mogelijk met uitsterven worden bedreigd, maar dat nog niet zijn. De Cetecea staat genoemd in bijlage II.

4.6. Ook de voorzieningenrechter acht de Resolutie 10.7 bij de uitleg van de onderhavige vergunningsvoorwaarden van belang. Resolutie 10.7 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 de CITES niet zo moeten worden uitgelegd dat steeds uitzetting in de natuur moet volgen, maar dat dit slechts gewenst is onder heel specifieke omstandigheden. Het welzijn van het dier is daarvoor een belangrijk aspect. De Resolutie 10.7 zegt daarover onder meer "While return to the wild may appear to be human, it may be nothing more than a sentence to a slow death".

4.7. Ook het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, thans het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof), heeft bij de uitleg van de Verordening (EG) nr. 338/97 in zijn arrest van 19 juni 2008 in zaak nr. C-219/07, Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers, punt 27 ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) overwogen dat de bescherming van dierenwelzijn een legitiem doel van algemeen belang is en het belang vastgesteld dat de Gemeenschap hecht aan de gezondheid en bescherming van dieren.

Anders dan de Orka Coalitie stelt heeft verweerder naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook terecht het welzijn van Morgan en haar overlevingskans als criterium gehanteerd bij het antwoord op de vraag of het vrijlaten van Morgan na haar revalidatie een bevredigende oplossing vormt. De voorzieningenrechter volgt de Orka Coalitie ook niet in de stelling dat de Habitatrictlijn verweerder zou dwingen tot een ander beoordelingscriterium. Met totstandkoming van de Flora- en Faunawet is uitvoering gegeven aan de Europese en internationale verplichtingen en hetgeen de Habitatrictlijn voorschrijft is geïmplementeerd in artikel 75 van Flora- en Faunawet, op grond waarvan de onderhavige ontheffing is verleend en beoordeling van de uitvoering van de vergunningsvoorschriften is geschied.

4.8. Verweerder heeft aan de hand van het rapport van 14 november 2010, de in bezwaar gewisselde standpunten, deskundigenrapporten en stukken geconcludeerd dat er geen redelijke overlevingskans bestaat indien Morgan weer wordt vrijgelaten in zee. De Orka Coalitie heeft op dit punt aangevoerd dat het bestreden besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen en onvoldoende is gemotiveerd, omdat verweerder het besluit ten onrechte heeft gebaseerd op het rapport van het Dolfinarium en niet zelf de relevante expertise heeft ingewonnen. Bovendien stelt de Orka Coalitie dat het standpunt van verweerder over de overlevingskansen van Morgan is gereduceerd tot een momentopname. Inmiddels zijn er nieuwe feiten en omstandigheden, namelijk een akoestisch rapport van 23 september 2011 en waarnemingen van orka's voor de Noorse kust. Naar aanleiding daarvan hebben drie deskundigen, die aan het rapport van 14 november 2010 hebben bijgedragen, hun oorspronkelijke standpunt ten aanzien van de kans van slagen van een stappenplan om Morgan terug te leiden naar zee genuanceerd.

4.9. Uit het bestreden besluit blijkt echter dat verweerder niet alleen het rapport van 14 november 2010, maar ook die van de deskundigen van de zijde van de Orka Coalitie en het Dolfinarium bij zijn beslissing op bezwaar heeft betrokken. Ook nadere informatie over het aan het rapport ten grondslag liggende DNA-onderzoek, en het gezamenlijk door de deskundigen H. Vester en F. Samarra verrichte akoestisch onderzoek naar nog niet eerder bij het onderzoek betrokken geluidsopnamen van 23 september 2011, zijn bij de besluitvorming meegenomen. De rechter deelt

dan ook niet het standpunt van de Orka Coalitie dat verweerder nog eigen onderzoek had moeten verrichten, nog daargelaten de vraag of dit nadere informatie had kunnen opleveren, gelet op de vele deskundigen die zich over de overlevingskansen van Morgan hebben gebogen.

4.10. Uit de rapportage van 14 november 2010 blijkt dat Morgan een jonge orka is die, gezien de staat waarin zij werd aangetroffen in de Waddenzee, niet in staat wordt geacht voor zichzelf te zorgen. Zij is in de vrije natuur daarin afhankelijk van de familiegroep. Zij behoort waarschijnlijk tot de P pod (familie), maar ook na vergelijking van de nieuwe geluidsopnamen kan niet worden vastgesteld dat dit daadwerkelijk de familiegroep is waaruit zij afkomstig is. Daadwerkelijke identificatie van haar familiegroep door middel van DNA-onderzoek en akoestisch onderzoek is zeer gecompliceerd en zou jaren in beslag nemen. Verweerders conclusie dat ook de rapportage van 23 september 2011 geen nader licht werpt op het rapport van 14 november 2010 omdat de onzekerheid over haar familiegroep is gebleven, acht de rechter begrijpelijk. Bovendien is de P pod sinds 2005 niet meer gesignaleerd en heeft een zeer groot leefgebied. Verweerder heeft ter zitting voorts aangegeven dat deze onzekerheid niet aan een terugplaatsing in de weg zou staan als uit eerdere terugplaatsingen te verwachten zou zijn dat een orka gemakkelijk in iedere willekeurige familiegroep zou worden opgenomen. Dit is echter volgens de deskundigen niet het geval. Verweerder stelt op basis van de rapportages dat, indien gekeken wordt naar eerdere terugplaatsingen, moet worden geconcludeerd dat deze niet succesvol zijn verlopen. In de visie van verweerder moet het terugplaatsen van Morgan in zee gezien worden als een wetenschappelijk experiment met een zeer onzekere tijdspanne en afloop. Verweerder acht het welzijn van Morgan daarbij niet gebaat. Bovendien hebben de deskundigen er op gewezen dat Morgan gewend is geraakt aan menselijk contact, hetgeen het terugplaatsen in zee ook bemoeilijkt. Naar het oordeel van de rechter heeft verweerder op basis van de rapportages en grond van bovenstaande overwegingen kunnen concluderen dat Morgan geen redelijke overlevingskans heeft in zee. De motivering die daarvoor in het bestreden besluit is gegeven, acht de rechter naar voorlopig oordeel begrijpelijk en voldoende.

4.11. Ten slotte volgt de rechter niet de stelling van de Orka Coalitie, dat de conclusies uit de rapportage van 14 november 2010 niet meer kunnen worden gevolgd, omdat drie deskundigen hun mening zouden hebben gewijzigd. In de eerste plaats hebben zowel verweerder als het Dolfinarium aangevoerd dat deze deskundigen zijn benaderd door de Orka Coalitie en hebben gereageerd zonder dat de andere partijen in de vraagstelling zijn gekend. De nadere conclusie van de deskundigen dat de terugkeer van Morgan mogelijk uitvoerbaar is als is voldaan aan het stappenplan met een aantal voorwaarden, doet naar het oordeel van de rechter niet af aan de conclusie van het Dolfinarium en verweerder dat té onzeker is of Morgan een goede overlevingskans in de natuur heeft. Verweerder heeft daarbij terecht als uitgangspunt genomen dat de geschiktheid van Morgan om teruggeplaatst te worden in de natuur voldoende moet vaststaan en dat pas daarna de uitvoerbaarheid van enig stappenplan aan de orde kan komen.

4.12. Gegeven de conclusie dat verweerder op goede gronden tot het oordeel heeft kunnen komen dat Morgan geen redelijke overlevingskans in zee heeft, volgt de voorzieningenrechter verweerder in zijn oordeel dat het Dolfinarium niet in strijd handelt met de voorwaarden die zijn gesteld in de ontheffing door haar niet in de natuur terug te plaatsen. Er is dan ook geen grond voor het oordeel dat de afwijzing van het handnavingsverzoek in de bodemprocedure niet in stand zal kunnen blijven.

4.13. De stelling van de Orka Coalitie dat uit de voorwaarden van de ontheffing, de Habitatrichtlijn, het ASCOBANS-verdrag en het Verdrag van Bern tevens zou voortvloeien dat er een verplichting voor verweerder bestaat om al het mogelijke te doen om te bewerkstelligen dat Morgan in haar natuurlijke leefgebied terugkeert, volgt de voorzieningenrechter gelet op het vorenstaande niet. Terecht heeft verweerder in het bestreden besluit overwogen dat geen steun in het recht wordt gevonden voor de stelling dat verweerder daartoe, ongeacht de overlevingskansen van Morgan, gehouden zou zijn.

4.14. Evenmin volgt de voorzieningenrechter de stelling van verzoekers dat verweerder het Dolfinarium met een last onder dwangsom zou kunnen verplichten Morgan via een stappenplan terug te laten keren in zee. Terecht hebben het Dolfinarium en verweerder aangevoerd dat voor een dergelijke last onder dwangsom een overtreding is vereist. Voorts moet de last zijn gericht op beëindiging van de overtreding. Zoals hiervoor is overwogen, worden de ontheffing of ontheffingsvoorwaarden door het Dolfinarium niet overtreden. Voor zover verzoekers zich op het ASCOBANS-verdrag hebben beroepen, heeft het Dolfinarium zich terecht op het standpunt gesteld dat

uit dit verdrag geen direct werkende verplichtingen voor het Dolfinarium voortvloeien. Er bestaat derhalve voor verweerder geen bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom, zodat de daarop gerichte voorzieningen niet kunnen worden toegewezen.

## 5. beoordeling verlening van het EG-certificaat

5.1. Het besluit tot verlening van het EG-certificaat van 17 juli 2011 is genomen op grond van artikel 8, onder g, van Verordening (EG) nr. 338/97 welke verordening tot doel heeft de bescherming van in het wild levende dier- en plantensoorten door controle op het desbetreffende handelsverkeer (hierna: Basisverordening).

5.2. Artikel 8, eerste lid, van de Basisverordening bepaalt dat de aankoop, het te koop vragen, de verwerving voor commerciële doeleinden, het tentoonstellen voor commerciële doeleinden, het gebruik met winstoogmerk en het verkopen, het in bezit hebben met het oog op verkoop, het ten verkoop aanbieden of het vervoeren met oog op verkoop van specimens van de in de bijlage A genoemde soorten, verboden is. Krachtens het derde lid, onder g, van artikel 8 kan in overeenstemming met de voorschriften van andere Gemeenschapswetgeving, betreffende de instandhouding van wilde flora en fauna, per geval ontheffing van de in het eerste lid genoemde verbodsbepalingen worden verleend door afgifte van een daartoe strekkend certificaat door een administratieve instantie van de Lid-Staat waarin de specimens zich bevinden, indien de specimens bestemd zijn voor onderzoek of onderwijs dat bescherming van de soort op het oog heeft. Voorts volgt uit artikel 1 van de Basisverordening dat deze van toepassing is met in achtneming van de doelstellingen, beginselen en bepalingen van CITES.

5.3. Krachtens artikel 2, eerste lid, onder p, van de Basisverordening worden onder "verkoop" alle vormen van verkoop verstaan. Huur, ruil of uitwisseling worden gelijkgesteld met verkoop. Uitdrukkingen van dezelfde strekking worden in dezelfde zin geïnterpreteerd.

5.4. Ingevolge artikel 9, eerste lid, van de Basisverordening is voor elk vervoer binnen de Gemeenschap van een levend specimen van een soort opgenomen in de bijlage A voorafgaande toestemming vereist van een administratieve instantie van de Lid-Staat waar het specimen zich bevindt. Ingevolge het tweede lid van artikel 9 wordt toestemming alleen verleend wanneer de bevoegde wetenschappelijke autoriteit van de ontvangende Lid-Staat zich ervan heeft vergewist dat de geplande accommodatie op de plaats van bestemming van een levend specimen voldoende is uitgerust om het in stand te houden en goed te verzorgen.

5.5. De Orka Coalitie heeft - kort gezegd - aangevoerd dat het EG-certificaat niet door verweerder had mogen worden verleend. Bij de aanvraag door het Dolfinarium van het EG-certificaat wordt als belang wetenschappelijk onderzoek genoemd. Het andere in artikel 8, derde lid, en onder g, van de Basisverordening genoemde belang, te weten onderwijs, valt volgens de Orka Coalitie daarom buiten de omvang van het geding. De Orka Coalitie stelt verder dat aan de hand van de overgelegde stukken niet kan worden opgemaakt of Loro Parque wetenschappelijk onderzoek doet naar het in stand houden van de soort. De driemaal daagse optredens van de orka's afgezet tegen de gestelde wetenschappelijke onderzoeken zijn volgens de Orka Coalitie dermate overheersend dat van een commerciële instelling en commercieel gebruik van Morgan moet worden gesproken. De Orka Coalitie voert vervolgens aan dat niet aan de verplichting tot overleg met de Spaanse CITES-autoriteit is voldaan en de door verweerder overgelegde e-mails daartoe onvoldoende zijn. De Orka Coalitie bestrijdt dat Loro Parque Morgan goede huisvesting kan bieden, omdat er een tekort aan geschoold personeel is, grote problemen en spanningen binnen de groep van gehouden orka's bestaan en de orka's elkaar onderling en ook mensen aanvallen. De Orka Coalitie stelt ten slotte dat het EG-certificaat is afgegeven in strijd met artikel 48 van de Uitvoeringsverordening omdat Morgan in strijd met de Nederlandse en internationale wetgeving is gevangen.

5.6. De rechter overweegt dat uit de feiten blijkt dat Loro Parque een dierentuin is overeenkomstig de Richtlijn 1999/22/EG betreffende het houden van wilde dieren in dierentuinen, die in Spanje is omgezet in wet 31/2003 ('Ley de Zoos'), het Spaanse equivalent van het Nederlandse Dierentuinenbesluit. Dierentuinen, alhoewel in het algemeen commercieel geëxploiteerd, worden als zodanig niet aangemerkt als overwegend commerciële instellingen maar hebben vooral een educatieve rol. De stelling van de Orka Coalitie dat het belang van educatie niet genoemd staat in de aanvraag en derhalve buiten de omvang van het geding valt, volgt de voorzieningenrechter niet. Het belang van

educatie, waar artikel 8, derde lid, onder g, van de Basisverordening op ziet, is in de loop van de procedure gebleken en is in het kader van de algehele heroverweging meegenomen in de bezwaarprocedure. Omdat publiekseducatie een belangrijke rol speelt bij instandhouding van beschermde soorten heeft verweerder ook dit aspect bij zijn besluitvorming kunnen betrekken.

5.7. Voorts is voldoende gebleken dat Loro Parque wetenschappelijke onderzoeken uitvoert naar walvisachtigen. Dit blijkt uit de bij de aanvraag overgelegde gegevens en uit de in de bezwaarfase door verweerder nader ingewonnen informatie, onder meer bestaande uit een nadere toelichting van het Loro Parque ten aanzien van de onderzoeken die zij uitvoert: het Marine Mammal Research & Conservation Plan 2010-2015 dat is overgelegd, de verklaringen betreffende wetenschappelijke samenwerking tussen Loro Parque en diverse wetenschappelijke instituten, de voorbeelden van wetenschappelijke rapporten uitgebracht door Loro Parque en voorbeelden van projectvoorstellen met betrekking tot de te verrichten wetenschappelijke onderzoeken.

5.8. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft verweerder zich er aldus voldoende van vergewist dat Loro Parque voldoende educatie en onderzoek wordt verricht. Evenmin hebben verzoekers aannemelijk gemaakt dat aan de overdracht van Morgan aan Loro Parque overwegend commerciële belangen ten grondslag liggen. Niet is gebleken dat het hier niet gaat om een bij dierentuinen gebruikelijke uitwisseling. Het belang van het voorkomen van handelsactiviteiten afwegend tegen het belang om Morgan over te dragen voor onderzoek en educatie is de voorzieningenrechter van oordeel dat verweerder in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat Morgan wordt overgedragen aan Loro Parque voor onderzoek en onderwijs ten behoeve van de bescherming of instandhouding van de soort. De informatie die de Spaanse CITES-autoriteit daarover in de e-mails van 15 juli en 29 juli 2011 heeft verstrekt geven aan dat Loro Parque een dierentuin is die aan de regelgeving voldoet die door de Spaanse wetgeving wordt voorgeschreven en dat daarin wetenschappelijke en educatieve onderzoeken worden uitgevoerd, zoals door de Spaanse wetgeving is voorgeschreven. Tevens vermelden zij dat jaarlijks door de regionale autoriteiten controles worden uitgevoerd, waarbij nooit onregelmatigheden zijn aangetroffen.

5.9. De voorzieningenrechter onderschrijft de visie van verweerder dat de betreffende regelgeving hem niet toestaat zelfstandig onderzoek te doen naar de omstandigheden in Loro Parque maar dat hij af moet gaan op de desbetreffende mededelingen van de Spaanse autoriteiten. Evenals verweerder acht de rechter de van de Spaanse autoriteiten ontvangen informatie toereikend. Ook de rechter ziet geen grond voor het oordeel dat verweerder aan de ontvangen informatie van de Spaanse CITES-autoriteit had moeten twijfelen. Voor dat oordeel is van belang dat de Orka Coalitie niet aannemelijk heeft gemaakt dat Loro Parque geen goede huisvesting kan bieden. De foto's die de Orka Coalitie ter zitting heeft laten zien en de verklaring van een oud werknemster van het Loro Parque, acht de voorzieningenrechter onvoldoende om de verklaring van de Spaanse CITES-autoriteit dat die huisvesting overeenkomstig de regelgeving is, in twijfel te trekken.

5.10. De stelling van de Orka Coalitie, dat het verstrekte EG-certificaat in strijd met artikel 48 van Verordening (EG) Nr. 865/2006 (hierna: de Uitvoeringsverordening) zou zijn verstrekt, faalt want is gebaseerd op de onjuiste visie dat Morgan niet volgens de geldende regels in Nederland zou zijn binnen gebracht. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet is de opname van Morgan in het Dolfinarium krachtens de ontheffing geschied, welke ontheffing conform de geldende regelgeving is verleend.

5.11. Gelet op het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat verweerder in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat het EG-certificaat overeenkomstig de wet- en regelgeving aan het Dolfinarium is verstrekt. Het bestreden besluit zal naar verwachting dan ook in beroep stand kunnen houden.

6.1. In het voorlopige oordeel over de rechtmatigheid van de bestreden besluiten ziet de voorzieningenrechter geen grond voor het treffen van een voorlopige voorziening. Ook de belangenafweging tussen partijen leidt tot het oordeel dat de voorziening moet worden afgewezen. Voldoende staat immers vast dat het belang van Morgan is dat zij zo snel mogelijk weggaat bij het Dolfinarium, gezien het feit dat haar bassin te klein is voor haar en dat zij niet kan socialiseren met de dolfijnen in het Dolfinarium, omdat zij besmet zijn met het herpesvirus. Voldoende aannemelijk is geworden dat socialisatie met soortgenoten van levensbelang voor haar is en dat zij, gelet op haar leeftijd, in een significante periode van haar ontwikkeling is. Het belang van het Dolfinarium bij



onmiddellijke uitvoering van het besluit, acht de voorzieningenrechter dan ook groter dan dat van verzoekers bij het realiseren van hun doelstellingen. De voorzieningenrechter neemt tevens in die afweging mee dat Morgan wordt verplaatst naar een dierentuin in een EU Lidstaat, waar CITES en de Europese regelgeving tot bescherming van walvisachtigen onverkort gelden. De doelstelling van de Orka Coalitie tot het in de natuur brengen van Morgan wordt dan ook door het verplaatsen van Morgan naar een Spaanse dierentuin wellicht bemoeilijkt, maar niet illusoir.

6.2. De verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening van de Orka Coalitie worden afgewezen. Voor een veroordeling in de proceskosten of vergoeding van het griffierecht ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding.

#### 7. beoordeling van het verzoek om opheffing van de getroffen voorlopige voorziening

7.1. Ingevolge artikel 8:87 eerste lid Awb kan de voorzieningenrechter, ook ambtshalve, een voorlopige voorziening opheffen of wijzigen. Gegeven de hiervoor weergegeven beslissing wordt aanleiding gezien de bij uitspraak van 3 augustus 2011 (procedurenummers AWB 11/3441 BESLU en AWB 11/3640 BESLU) getroffen voorziening dat de verlening van het EG-certificaat is geschorst, met onmiddellijke ingang op te heffen. Gelet op de ambtshalve aan de voorzieningenrechter gegeven bevoegdheid en gelet op de omstandigheid dat de getroffen voorziening nog slechts enkele dagen zou duren, wordt geen aanleiding gezien om verweerder te veroordelen in de proceskosten van het Dolfinarium of tot vergoeding van het door het Dolfinarium betaalde griffierecht.

#### Beslissing

De voorzieningenrechter:

in de zaken met procedurenummers AWB 11/5033 BESLU en AWB 11/5035 BESLU

- wijst de verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening af.

in de zaak met procedurenummer AWB 11/4982 BESLU

- heft de bij uitspraak van 3 augustus 2011 (procedurenummers AWB 11/3441 BESLU en AWB 11/3640 BESLU) getroffen voorziening, dat de verlening van het EG-certificaat is geschorst, met onmiddellijke ingang op.

Deze uitspraak is gedaan door mr. M. de Rooij, voorzieningenrechter, in aanwezigheid van mr. M.C.W. van der Voort, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 21 november 2011.

de griffier            de voorzieningenrechter

#### Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.

Afschrift verzonden op:

D: B

SB