

ADMINISTRATIVE LAW DIVISION

Judgment on the appeal of:

the foundation Stichting Dolphinmotion, based in Nijmegen, and the foundation Stichting Sea First, based in Breda (hereafter: “Dolphinmotion” and “Sea First”),
the Appellants,

against the judgment of the Amsterdam District Court dated 13 December 2012 in cases nos. 11/5030 and 11/5031 in the proceedings between:

Dolphinmotion, Sea First, the foundation Stichting The Black Fish, based in Amsterdam, and the foundation Stichting een Dier een Vriend, based in The Hague (hereafter: “the foundations”),

and

the State Secretary for Economic Affairs, Agriculture and Innovation (now: the State Secretary for Economic Affairs).

Course of the proceedings

By a decision dated 15 April 2011, the State Secretary rejected the foundations' application for enforcement measures against the private limited liability company Dolfinarium Harderwijk B.V. (hereinafter: Dolfinarium).

By a decision dated 27 July 2011, the State Secretary issued Dolfinarium with an EC certificate for the transfer of an orca to Loro Parque in Tenerife.

By separate decisions dated 12 October 2011, the State Secretary dismissed the objections filed by the foundations against the aforesaid decisions.

By a judgment dated 13 December 2012, the District Court allowed the appeal which the foundations had lodged against the decision of 12 October 2011, upholding the rejection of the application for enforcement measures, reversed that decision insofar as it did not contain a ruling on the application for reimbursement of the legal costs in the objection proceedings, rejected that application after all and ruled that this judgment would replace that decision insofar as the latter had been reversed. The District Court dismissed the appeal which the foundations had lodged against the decision of 12 October 2011 upholding the issuance of an EC certificate. This judgment is attached as an appendix.

Dolphinmotion and Sea First lodged an appeal against this judgment.

The State Secretary filed a statement of defence.

Dolfinarium submitted a response by letter of 15 November 2013 and additional documents by letter of 20 November 2013.

Dolphinmotion and Sea First also submitted additional documents.

The Division heard the case at the session of 3 December 2013, at which appeared Dolphinmotion and Sea First, represented by H. Bartels, President of Dolphinmotion, assisted by M.F. Wijngaarden, lawyer practising in Amsterdam, J. Foster and I. Visser, experts, and P. Molenaar, interpreter, as well as the State Secretary, represented by J.E.W. Tieleman and G.M.R. van der Sluis, both civil servants working at the Ministry. Dolfinarium, represented by M. Foppen, Director of Dolfinarium, assisted by D.H. Nas, lawyer practising in Nijmegen, N. Van Elk, veterinary surgeon at Dolfinarium, J. Almunia, expert associated with Loro Parque, and E. Philipi-Gho, expert, were also heard at the session.

Findings

1. Under Article 9(1) of the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (hereafter: "the Bern Convention"), each Contracting Party may make exceptions from the provisions of Articles 4, 5, 6 and 7 and from the prohibition of the use of the means mentioned in Article 8, provided that there is no other satisfactory solution and that the exception will not be detrimental to the survival of the population concerned:

[...];

- for the purposes of research and education, of repopulation, of reintroduction and for the necessary breeding;

[...].

Annex II to the Bern Convention lists the following, among others: Cetacea, more specifically *Orcinus orca*.

Under Article 2 of Council Regulation (EC) No. 338/97 of 9 December 1996 on the protection of species of wild fauna and flora by regulating trade therein (hereafter: "the Basic Regulation"), the following terms have the following meanings for the purposes of this Regulation:

[...];

b. "the Convention": the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (hereafter: "CITES Convention");

[...];

p. "sale": any form of sale. For the purposes of this Regulation, hire, barter or exchange shall be regarded as equivalent to sale; cognate expressions shall be similarly construed;

[...].

Under Article 8(1), the purchase, offer to purchase, acquisition for commercial purposes, display to the public for commercial purposes, use for commercial gain and sale, keeping for sale, offering for sale or transporting for sale of specimens of the species listed in Annex A are prohibited.

Under Paragraph (3), opening words and under (g), exemption from the prohibitions referred to in Paragraph 1 may be granted, in accordance with the requirements of other Community legislation on the conservation of wild fauna and flora, by the issuance of a certificate to that effect by a management authority of the Member State in which the specimens are located, on a case-by-case basis, where the specimens are intended for research or education aimed at the preservation or conservation of the species.

Annex A to the Basic Regulation (hereafter: "Annex A") lists the following, among others: Cetacea (cetaceans).

Under Article 48(1) of Commission Regulation (EC) No. 865/2006 of 4 May 2006, laying down detailed rules concerning the implementation of the Basic Regulation (hereafter: "the Implementing Regulation"), a certificate for the purposes referred to in Article 8(3) of the Basic Regulation shall state that specimens of species listed in Annex A thereto are exempted from one or more of the prohibitions laid down in Article 8(1) of that Regulation for any of the following reasons:

[...];

d. the specimens are authorised to be used for one of the purposes referred to in Article 8(3), opening words and under (c), and under (e), (f) and (g) of the Basic Regulation.

Under Article 59(3), the exemption for specimens referred to in Article 8(3), opening words and under (e), (f) and (g) of the Basic Regulation shall be granted only if the applicant has satisfied the competent management authority, the latter having consulted with a competent scientific authority, that the conditions referred to therein and in Article 48 of this Regulation are met.

Under Article 16(1) of Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (OJ L 206 of 22 July 1992, hereafter: "the Habitats Directive"), the Member States, provided that there is no satisfactory alternative and the derogation is not detrimental to the maintenance of the populations of the species concerned at a favourable conservation status in their natural range, may derogate from the provisions of Articles 12, 13, 14 and 15(a) and (b):

[...];

d. for the purpose of research and education, of repopulating and re-introducing these species and for the breeding operations necessary for these purposes, including the artificial propagation of plants;

[...].

Cetacea are listed in Annex IV to the Habitats Directive.

Under Article 1 of Directive 1999/22/EC relating to the keeping of wild animals in zoos (hereafter: "the Zoos Directive"), the objectives of this Directive are to protect wild fauna and to conserve biodiversity by providing for the adoption of measures by Member States for the licensing and inspection of zoos in the Community, thereby strengthening the role of zoos in the conservation of biodiversity.

Under Article 3, Member States shall take measures under Articles 4, 5, 6 and 7 to ensure all zoos implement the following conservation measures:

- participating in research from which conservation benefits accrue to the species, and/or training in relevant conservation skills, and/or the exchange of information relating to species conservation and/or, where appropriate, captive breeding, repopulation or reintroduction of species into the wild;
- promoting public education and awareness in relation to the conservation of biodiversity, particularly by providing information about the species exhibited and their natural habitats;
- accommodating their animals under conditions which aim to satisfy the biological and conservation requirements of the individual species, inter alia by providing species specific enrichment of the enclosures; and maintaining a high standard of animal husbandry with a developed programme of preventive and curative veterinary care and nutrition;
- preventing the escape of animals in order to avoid possible ecological threats to indigenous species and preventing intrusion of outside pests and vermin;
- keeping up-to-date records of the zoo's collection appropriate to the species recorded.

Under Article 4(1) of the Dutch Flora and Fauna Act (*Flora- en faunawet*, hereinafter: "Ffw"), the following species are classified as protected indigenous animal species:

a. all mammal species naturally occurring in the Netherlands, with the exception of domesticated animals belonging to species designated by Order in Council, and with the exception of the black rat, the brown rat and the house mouse;

b. all bird species naturally occurring in the European territory of the Member States of the European Union, with the exception of domesticated birds belonging to species designated by Order in Council;

c. all amphibian and reptile species naturally occurring in the Netherlands; and

d. all fish species naturally occurring in the Netherlands, with the exception of those species to which the Dutch Fisheries Act 1963 (*Visserijwet 1963*) applies. Under Paragraph (2), the status of protected indigenous animal species may furthermore be conferred by Order in Council on animal species which naturally occur in the Netherlands and:

a. whose survival is threatened or at risk of being threatened;

b. whose survival is not necessarily threatened or at risk of being threatened, but for whose protection measures are needed to prevent excessive exploitation;

c. which have disappeared from the Netherlands but in respect of which there is a reasonable likelihood of their return; or

d. which display such a similarity to species that are designated on the grounds of the provisions of Subparagraphs (a), (b) or (c) that their designation is necessary to protect those species.

Under Paragraph (3), the designation of an animal species as a protected indigenous animal species shall be made, in derogation from the provisions of Paragraph (2), by ministerial regulation if this designation is necessary for the implementation of international obligations or binding decisions of bodies of the European Union or other international organisations.

Under Article 9, it is prohibited to kill, injure, capture, take or purposefully track down animals belonging to a protected indigenous animal species.

Under Article 10, it is prohibited to deliberately disturb animals belonging to a protected indigenous animal species.

Under Article 13(1), opening words and under (a), it is prohibited to request to purchase, to purchase or acquire, to keep or stock for sale, to sell or offer for sale, to transport, to offer for transport, to deliver, to use for commercial gain, to hire or hire out, to barter or offer for barter, to exchange or display to the public for commercial purposes, to bring into or take outside the territory of the Netherlands or to keep plants or plant products, or animals or eggs, nests or animal products belonging to a protected indigenous or exotic plant species or a protected indigenous or exotic animal species.

Under Paragraph (4), the prohibitions referred to in Paragraph (1), with the exception of the prohibition on bringing into or taking outside the territory of the Netherlands, do not apply either to plants or plant products, or to animals or eggs, nests or animal products belonging to a protected exotic plant species or a protected exotic animal species that has been designated for reasons as referred to in Article 5(1), opening words and under (b), if it can be demonstrated that these:

a. were brought into the Netherlands in accordance with the provisions laid down in or pursuant to this Act; or

b. were acquired in accordance with the Dutch Endangered Exotic Animal and Plant Species Act (*Wet bedreigde uitheemse dier- en plantensoorten*) before this article entered into force.

Under Article 75(1), an exemption may be granted by or pursuant to an Order in Council from the prohibitions imposed by or pursuant to Articles 8 to 18 inclusive, insofar as an exemption has not been or cannot be granted by or pursuant to any other article of this Act.

Under Paragraph (2), an exemption as referred to in Paragraph (1) may be granted by ministerial regulation if this exemption serves to implement international obligations or binding decisions of bodies of the European Union or other international organisations.

Under Paragraph (5), exemptions and dispensations are granted only if they are not detrimental to a favourable conservation status of the species, unless the implementation of international obligations or binding decisions of bodies of the European Union or other international organisations necessitates the granting of an exemption or dispensation for other reasons.

Under Paragraph (6), an exemption or dispensation will, without prejudice to Paragraph (5), be granted for species listed in Annex IV to the Habitats Directive, for bird species as referred to in Article 4(1), opening words and under (b), and for protected indigenous animal or plant species designated by Order in Council, only if there is no satisfactory alternative:

a. for the purpose of research and education, of repopulating and re-introducing these species and for the breeding operations necessary for these purposes, including the artificial propagation of plants;

[...].

1.1. Annex 1 to Resolution Conf. 10.7 to the CITES Convention mentions the options Captivity (1), Return to the wild (2) and Euthanasia (3).

Option Return to the wild (2) includes the following provision:

"Before "Return to the wild" of confiscated animals is considered, several issues of concern must be considered in general terms: welfare, conservation value, cost and disease.

a. Welfare. While return to the wild may appear to be humane, it may be nothing more than a sentence to a slow death." (...).

Cetacea are listed in Annex II to the CITES Convention.

The Annex to the Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas (hereafter: "ASCOBANS Agreement") includes the following provision:

"2. Surveys and research

Investigations, to be coordinated and shared in an efficient manner between the Parties and competent international organizations, shall be conducted in order to (a) assess the status and seasonal movements of the populations and stocks concerned, (b) locate areas of special importance to their survival, and (c) identify present and potential threats to the different species. Studies under (a) should particularly include improvement of existing and development of new methods to establish stock identity and to estimate abundance, trends, population structure and dynamics, and migrations. Studies under (b) should focus on locating areas of special importance to breeding and feeding. Studies under (c) should include research on habitat requirements, feeding ecology, trophic relationships, dispersal, and sensory biology with special regard to effects of pollution, disturbance and interactions with fisheries, including work on methods to reduce such interactions. The studies should exclude the killing of animals and include the release in good health of animals captured for research.

3. Use of by-catches and strandings

Each Party shall endeavour to establish an efficient system for reporting and retrieving by-catches and stranded specimens and to carry out, in the framework of the studies mentioned above, full autopsies in order to collect tissues for further studies and to reveal possible causes of death and to

document food composition. The information collected shall be made available in an international database.

4. Legislation

Without prejudice to the provisions of paragraph 2 above, the Parties shall endeavour to establish (a) the prohibition under national law, of the intentional taking and killing of small cetaceans where such regulations are not already in force, and (b) the obligation to release immediately any animals caught alive and in good health. Measures to enforce these regulations shall be worked out at the national level."

1.2. On 3 February 2009, Dolfinarium was granted dispensation *inter alia* from the prohibitions laid down in Articles 9, 10 and 13(1) Ffw against the killing, injuring, capturing, taking or purposefully tracking down, deliberately disturbing, transporting, bringing into or taking outside the territory of the Netherlands and keeping specimens of cetaceans (Cetacea) for purposes of research and protection of flora and fauna, i.e. accommodation, rehabilitation and release into the wild, for the period from 3 February 2009 to 2 February 2014 inclusive. This dispensation is subject to the following conditions:

[...]

8. Captured specimens of Cetacea may be kept temporarily for rehabilitation purposes, with the aim of releasing them at a later stage. If release is not possible, such animals may be kept permanently for the purpose of conducting scientific research that is relevant in the context of obligations imposed by the Habitats Directive, the Bern Convention and ASCOBANS. The scientific research has to be conducted in accordance with a research plan that must be submitted to the National Service for the Implementation of Regulations (*Dienst Regelingen*).

9. As soon as possible after revalidation (and, where applicable, research), stranded and captured animals must be released into a suitable habitat as close as possible to the place where they were found.

[...]

11. It is not allowed to use the animal species listed in Annex A to the Basic Regulation for predominantly commercial purposes, as referred to in Article 8(1) of that Regulation.

[...]

13. The dispensation for bringing or taking the animals into or outside the territory of the Netherlands applies only if the prior consent of the authorities of the countries involved has been obtained and the necessary CITES documents have been issued.

2. The present case concerns the orca Morgan, who in 2010 was found in the Wadden Sea in a seriously weakened state and taken to Dolfinarium to recover. On 29 November 2011, Morgan was transported from Dolfinarium to Loro Parque in Tenerife. Dolfinarium argued, stating its reasons, that in both legal actions Dolphinmotion's and Sea First's interest in bringing proceedings had ceased to apply, which is why the District Court should have disallowed the appeal lodged by Dolphinmotion and Sea First.

2.1. Under Article 7:15(2) of the Dutch General Administrative Law Act (*Algemene wet bestuursrecht*, hereafter: "Awb"), the costs reasonably incurred by the interested party in connection with the handling of the objection are only reimbursed by the administrative body on the interested party's application insofar as the contested decision is revoked for reasons of unlawfulness attributable to the administrative body.

2.2. In both legal actions, Dolphinmotion and Sea First applied for reimbursement of the legal costs they had incurred in connection with the handling of the objection. This means that they had an interest in the appeal and further appeal and that the District Court, albeit partly on other grounds, rightly assessed the lawfulness of the decisions dated 12 October 2011 contested in the appeal.

2.3. In this connection, the Division finds furthermore, on its own initiative, that the District Court should also have reversed the decision of 12 October 2011 upholding the issuance of an EC certificate insofar as it did not contain a ruling on the application for reimbursement of the legal costs in the objection proceedings, and should then have rejected this application of its own accord.

The District Court wrongly failed to recognise this.

3. Dolphinmotion and Sea First argued that the response dated 15 November 2013 submitted by Dolfinarium and the additional documents submitted by letter dated 20 November 2013 should be disregarded on account of a violation of the due process of law. This involves such a large quantity of documents and new arguments, which - partly in view of the various dates - could moreover have been submitted much earlier, that Dolphinmotion and Sea First had insufficient time and opportunity to respond to them adequately.

3.1. The Division finds that the documents in question were submitted within the period specified in Article 8:58(1) Awb. There is no ground for the opinion that Dolphinmotion and Sea First had insufficient opportunity to respond adequately to the documents. Furthermore, Dolphinmotion and Sea First provided a substantive response by letter dated 22 November 2013 and during the hearing of the case at the session of 3 December 2013. In view of the foregoing, and taking into account the nature and volume of the documents, there is no ground for the opinion that the documents must be disregarded on account of a violation of the due process of law.

4. On 10 December 2010, Dolfinarium decided that it would not let Morgan return to the wild. Dolfinarium based this decision on the report entitled "Expert Advice on the releasability of the rescued killer whale (*Orcinus orca*) Morgan" dated 14 November 2010, which had been drawn up by seven experts.

5. The foundations filed an application for enforcement measures with the State Secretary because, in their view, Dolfinarium was acting contrary to the dispensation granted to it on 3 February 2009 by deciding not to let Morgan return to the wild.

6. The State Secretary rejected the foundations' application by a decision dated 15 April 2011, which decision was upheld on objection. His grounds were that the Ffw had been created in implementation of European and international obligations, and that at the relevant time Dolfinarium held a valid dispensation under the Ffw for the accommodation of Morgan. Furthermore, the State Secretary argued that if Morgan's release was not possible, she could be kept permanently for the purpose of conducting scientific research that was relevant in the context of obligations imposed by the Habitats Directive, the Bern Convention and ASCOBANS. In answering the question whether it was possible to set Morgan free, the important point according to the State Secretary was whether she had a good chance of survival in the wild. In this context, he took into consideration that neither international obligations nor national regulations made it mandatory to release an animal if there was no good chance of survival. Resolution Conf. 10.7 to the CITES Convention presumes that the release of a specimen into the wild is not always possible and states that captivity is an option in cases in which the animal cannot be returned or in which this is not in the interest of the conservation of the species. The Resolution clarifies that the provisions of the CITES Convention should not be interpreted in such a way that release into the wild must follow in all cases, but that this is only desirable under specific circumstances, whereby the welfare of the animal is an

important aspect. The State Secretary argued that he had no reasons to assume that Dolfinarium's report dated 14 November 2010 had been prepared incorrectly or without due care. In this context, he took into consideration that Morgan's family group had not been traced, that she belonged to a species of orca with a strict social structure and that she was a young animal of which it could not be said with certainty that she would be able to feed herself. According to the State Secretary, the reports submitted by the foundations do not detract from the conclusions of Dolfinarium's report. Although the submitted step-by-step plan by the Free Morgan Expert Panel dated 3 November 2010 (hereafter: "the Morgan Release Plan") contains a detailed description of the steps that may be taken in order to release Morgan, it does not contain a substantiation of the position that she is suitable to be returned to the wild.

In the State Secretary's opinion, Dolfinarium's conclusion that Morgan is not suitable to be returned to the wild is not incorrect.

7. By a decision dated 27 July 2011, the State Secretary issued Dolfinarium with an EC certificate as referred to in Article 8(3) of the Basic Regulation to transfer Morgan to Loro Parque. The objection which the foundations filed against this was dismissed. The State Secretary based this decision on the argument that the dispensation allowed Dolfinarium to accommodate Morgan and to transport her within and outside the territory. In addition, the regulations of other EU legislation had been observed, since it had been established that it was irresponsible to return Morgan to the wild. According to the State Secretary, the provisions of Article 8(3), opening words and under (g) of the Basic Regulation are satisfied. The State Secretary takes the position that Morgan was being transferred to Loro Parque in order to contribute to scientific research and education aimed at the preservation or conservation of the species. Under Article 48(1), opening words and under (d) of the Basic Regulation, an EC certificate may be issued for that purpose. The State Secretary argues that, contrary to what the foundations claimed, Loro Parque is not an amusement park but a zoo in accordance with the Zoos Directive, and that zoos as such are not classified as predominantly commercial institutions but have primarily an educational role. Furthermore, the State Secretary takes the position that he asked the Spanish CITES Management Authority, in accordance with Article 59(3) of the Implementing Regulation, whether Loro Parque was sufficiently equipped to maintain Morgan and look after her properly. This authority then consulted its scientific authority and stated that it had no objection to Morgan being transferred. The authority confirmed that Loro Parque participates in scientific research which contributes to the conservation of this species. In support of his decision, the State Secretary referred to documents such as Loro Parque's report entitled "Marine Mammal Research and Conservation Plan 2010-2015". He considers Loro Parque to be a suitable location for accommodating Morgan.

8. Dolphinmotion and Sea First argue that the District Court wrongly failed to recognise that the issuance of the EC certificate had breached the ASCOBANS Agreement. To this end, they contend that Morgan came under Dolfinarium's control in an unlawful manner. Morgan's capture qualifies as "intentional taking" as referred to - and prohibited - in section 4 of the Annex to the ASCOBANS Agreement. Furthermore, they argue that the ASCOBANS Agreement prescribes the immediate release of animals that have been captured "alive and in good health". Based on this agreement, Morgan should have been released in any case as soon as she was in good health again. The ASCOBANS Agreement provides no basis for permanently keeping an orca in captivity, whether for research or for other purposes.

Furthermore, Dolphinmotion and Sea First argue that the District Court wrongly found that the State Secretary could reasonably interpret the term "satisfactory alternative" in accordance with Resolution Conf. 10.7 to the CITES Convention. To this end, they contend that this leads to an extensive broadening of the derogation option of Article 16(1) of the Habitats Directive and Article

9(1) of the Bern Convention which was never addressed at the time of its creation. After all, this is detrimental to the survival of the orcas in their natural range.

The resolution has a considerably wider scope than other international conventions specified. In this connection, Dolphinmotion and Sea First request that the Division consider referring preliminary questions to the European Court of Justice.

According to Dolphinmotion and Sea First, the District Court failed to recognise that the key question under Resolution Conf. 10.7 is also whether the conservation of the species is negatively affected, whereby education and other means must be taken into account as well. They take the position that the issuance of the EC certificate is detrimental to the survival of the orcas in their natural range. To this end, they contend that the return of a young female orca to the population of herring-eating orcas in the North Atlantic will make a significant contribution to the conservation of the species, and that the scientific data which they will gather during the implementation of the Morgan Release Plan will make a considerably greater contribution to the conservation of the species than the scientific research conducted in the very confined setting of Loro Parque.

Dolphinmotion and Sea First argue that the District Court wrongly ruled that the State Secretary could reasonably choose the option of transport to Loro Parque. To this end, they contend first of all that the District Court failed to recognise that Dolfinarium's report cannot be classified as an expert opinion because it was prepared without due care. The seven experts who were consulted were not informed of the Morgan Release Plan or asked whether any step-by-step plan that included placing Morgan in a sea pen constituted an alternative solution or "satisfactory alternative". Moreover, the majority of the experts distanced themselves from the conclusions of Dolfinarium's report after considering the Morgan Release Plan. Many experts took the position that, even if Morgan's eventual release into her natural habitat was not entirely feasible, placing Morgan in a sea pen in her natural environment in Norway, as envisaged in the Morgan Release Plan, would be a more satisfactory solution, in any case on scientific and humanitarian grounds, than transporting her to Loro Parque. The implementation of the Morgan Release Plan is the most satisfactory solution, or at least a satisfactory alternative as referred to in Article 16(1) of the Habitats Directive. Therefore the strict conditions under which the Bern Convention, the Habitats Directive and the Ffw allow derogation from the prohibition on keeping an orca in captivity for purposes of research and education were not fulfilled. According to Dolphinmotion and Sea First, the District Court wrongly failed to recognise this and wrongly did not consider the issuance of an EC certificate to be in breach of the Bern Convention, the Habitats Directive and the Ffw.

In addition, Dolphinmotion and Sea First argue that the District Court wrongly found that the conditions relating to education and research were fulfilled. In their view, the District Court wrongly ruled that the EC certificate was issued partly for purposes of education. In this connection, they refer to the decision dated 27 July 2011, which states that the EC certificate is issued on condition that Morgan should be kept for purposes of research. Furthermore, the District Court wrongly inferred from the mere statement that Loro Parque is a zoo that it actually provides education. On this occasion, the District Court wrongly did not consider the effective implementation of this role by Loro Parque. Dolphinmotion and Sea First also argue that the District Court wrongly disregarded the fact that the studies to be conducted at Loro Parque are devoid of any scientific value. In their view, the alleged studies cannot be regarded as being beneficial to the conservation of the animal species. Therefore the District Court could not have concluded on the basis of Article 3 of the Zoos Directive that the alleged studies were sufficiently scientific to justify the issuance of an EC certificate. Moreover, the commercial interests in keeping orcas at Loro Parque far exceed the research and educational interests. According to Dolphinmotion and Sea First, the District Court wrongly assumed in this context that the Basic Regulation does not dictate that the EC certificate may only be

provided if this is necessary for research purposes. The purpose of transferring Morgan to Loro Parque must be the conduct of specific, targeted research. In this case, however, the commercial interests prevail, whereas research should be the main purpose of the transport, not the additional purpose. According to Dolphinmotion and Sea First, the District Court furthermore wrongly failed to recognise that Loro Parque is also unsuitable for Morgan in other respects. Morgan's living at Loro Parque is not conducive to her welfare. She was introduced to a group with which she has no common vocabulary, while the group is unstable and aggressive and thus dysfunctional. They refer to photographs submitted in the appeal proceedings which show that Morgan is isolated for much of the time, is hardly stimulated and displays various signs of boredom. Furthermore, the park did not check her hearing until a year after her transfer. In addition, Dolphinmotion and Sea First argue that one year after her transfer Morgan was found to have 320 rake and bite marks, while some of her teeth had been worn down by more than a third due to chewing concrete. At the session, Dolphinmotion and Sea First substantiated Morgan's alleged poor health in more detail, on the basis of additional documents submitted. In their view, Loro Parque does not comply with the obligations under EU law, including the Zoos Directive, which are meant to guarantee Morgan's welfare.

Finally, Dolphinmotion and Sea First contend that the District Court wrongly failed to assess the merits of the dispute as far as the application for enforcement measures was concerned. They argue that Dolfinarium, by not letting Morgan return to sea, was acting in breach of the dispensation granted to it on 3 February 2009 and that the State Secretary wrongly saw no reason to take enforcement measures against Dolfinarium at the relevant time.

8.1. Although Dolphinmotion and Sea First rightly argued that the ASCOBANS Agreement dictates that an animal captured in good health should be released immediately, Morgan, as the District Court rightly found, was indisputably not in good health at the moment she was discovered in the Wadden Sea. **Therefore the District Court rightly found that this obligation had not been breached. Furthermore, it is not in dispute that Morgan was not a by-catch or a stranded (deceased) animal as referred to in section 3 of the Annex to the ASCOBANS Agreement. The Division shares the District Court's view that accommodating Morgan does not classify either as "intentional taking", as referred to in section 4 of the Annex to the ASCOBANS Agreement.** To this end, the District Court rightly found that after Morgan had been discovered in the Wadden Sea, that immediate attempts were made to guide her back to sea, that the attempts were unsuccessful and that she was subsequently taken to Dolfinarium to recover. Therefore the Agreement provides no basis for the obligation formulated by Dolphinmotion and Sea First that Dolfinarium should have released Morgan as soon as she was in good health again.

In view of the foregoing, there is no ground for the opinion that Dolfinarium breached the ASCOBANS Agreement, with which it had to comply pursuant to the dispensation granted to it on 3 February 2009. Leaving aside whether the ASCOBANS Agreement has direct effect, the Division believes that, for this reason alone, there is no cause either for a finding that the District Court was wrong in not considering the issuance of the EC certificate to be in breach of this Agreement.

This argument is unsuccessful.

8.2. With regard to the invocation of the Bern Convention by Dolphinmotion and Sea First, the Division finds that both the Netherlands and the European Union are parties to this Convention. The European Union implemented the Convention by means of the Habitats Directive. Where relevant here, Article 9(1) of the Bern Convention corresponds in terms of content with Article 16(1), opening words and under (d) of the Habitats Directive, which means that the Division, leaving aside whether Article 9(1) of the Bern Convention has direct effect, sees no cause for a test against the Bern Convention. As the Division found earlier, the question as to the direct effect of the provisions of the

Directive can only arise in cases of incorrect implementation or if full application of the Directive is not effectively ensured (judgment dated 25 July 2012 in case no. [201107585/1/A2](#)).

Article 16(1), opening words and under (d) of the Habitats Directive has been transposed into Sections 75(5) and (6) Ffw. There is no indication that this implementation is incorrect or that the Directive is not applied in full. Therefore Dolphinmotion and Sea First cannot invoke Article 16(1), opening words and under (d) of the Habitats Directive directly. The Division is confining itself to a test against the aforementioned sections of the Ffw.

As follows from Sections 75(5) and (6) Ffw, a dispensation as referred to in Article 8(3), opening words and under (g) of the Basic Regulation may be granted if the animal is intended for research or education aimed at the preservation or conservation of the species and, furthermore, if there is no satisfactory alternative and this is not detrimental to the maintenance of the populations of the species concerned at a favourable conservation status in their natural range.

The Division shares the District Court's view that the State Secretary could reasonably interpret the term "satisfactory alternative" in accordance with Resolution Conf. 10.7 to the CITES Convention. In this context it takes into consideration, as follows from the judgments of the European Court of Justice dated 23 October 2001, C-510/99, *Tridon*, paragraph 25, and 23 October 2003, C-154/02, *Nilsson*, paragraph 39 (www.curia.europa.eu), that although the Union is not a party to the CITES Convention, the Basic Regulation applies in compliance with the objectives, principles and provisions of the CITES Convention, as stated in Article 1(2) of this Regulation. Furthermore, the District Court, again rightly, included in its ruling the circumstance that the orca is listed in Annex II to the CITES Convention. The District Court also rightly found that there was no indication that this approach chosen by the State Secretary breached any provision of national or international law. Resolution Conf. 10.7 relates to whether or not animals are returned to the wild, which is also being addressed in the present case. Furthermore, the District Court, again rightly, included in its ruling the circumstance that Article 2, opening words and under (b) of the Basic Regulation makes explicit reference to the CITES Convention. By interpreting the term "satisfactory alternative" in accordance with Resolution Conf. 10.7 to the CITES Convention, the State Secretary did not go beyond the legal framework of the Basic Regulation as such. The Division sees no ground for the opinion that this leads to an extensive broadening of the derogation option of Article 16(1) of the Habitats Directive which was never addressed at the time of its creation, in that it would be detrimental to the survival of the orcas in their natural range. To this end, the Division finds that, as Dolphinmotion and Sea First correctly argued, the reference framework outlined by the State Secretary also embodies a need to assess whether there is any negative effect on the maintenance of the populations of the species concerned at a favourable conservation status in their natural range. The Division finds that it sees no cause for referring preliminary questions on the interpretation of the term "satisfactory alternative", as Dolphinmotion and Sea First asked the Division to consider doing, because the European Court of Justice has already clarified this term in the judgments dated 12 December 1996, C-10/96, *VZW Koninklijk Belgisch verbond voor bescherming van de vogels*, and 14 June 2007, C-342/05, *Commission v Finland* (www.curia.europa.eu), and the argument can therefore be assessed against case law of the European Court of Justice (judgment of the Court of Justice dated 6 October 1982, C-283/81, *Cilfit*, paragraphs 13 and 14; www.curia.europa.eu).

This argument is also unsuccessful.

8.3. The Division sees no ground either for a finding that the District Court failed to recognise that the key question under Resolution Conf. 10.7 is also whether the conservation of the species is negatively affected, since the contested judgment contains such an assessment.

Furthermore, the Division shares the District Court's view that in Morgan's case the derogation from the prohibition on keeping orcas is not detrimental to the survival of the orcas in their natural range. To this end, the District Court rightly found that Morgan, as is not in dispute between the parties, was no longer with her family when she was discovered in the Wadden Sea, was in a bad condition and would in all likelihood have died if there had been no intervention. Insofar as the survival of the population of herring-eating orcas in the North Atlantic was threatened, therefore, this threat already existed before the point of human intervention in Morgan's case. Furthermore, the District Court rightly took into consideration that neither party assumes that Morgan's reintroduction into the open sea would be a guaranteed success. The argument advanced by Dolphinmotion and Sea First, that the scientific data to be gathered during the implementation of the Morgan Release Plan would make a considerably greater contribution to the conservation of the species than the scientific research to be conducted in the very confined setting of Loro Parque, cannot lead to a different opinion, regardless of whether or not this argument is correct. The question of which option would make a greater contribution to the conservation of the species is not at issue here. The fact that one option could possibly make a greater contribution to the conservation of the species does not mean that the other option is detrimental to the favourable conservation status of the orca.

This argument is unsuccessful.

8.4. The Division sees no ground for the opinion that the question whether there is a satisfactory alternative in the context of the issuance of the EC certificate is not at issue here, as the State Secretary argued in the appeal proceedings. The phrase "in accordance with the requirements of other Community legislation on the conservation of wild fauna and flora" in Article 8(3), opening words and under (g) of the Basic Regulation *inter alia* implies an assessment against the provisions of Article 16(1) of the Habitats Directive and therefore against Sections 75(5) and (6) Ffw.

8.5. As follow from the Division's earlier findings (judgment dated 4 April 2012 in case no. [201107810/1/H1](#)), the State Secretary has discretion in answering the question whether there is a satisfactory alternative as referred to in Article 75(6) Ffw.

The District Court found that the State Secretary had concluded, based on the report by seven experts dated 14 November 2010 and all the reports submitted by the foundations, that Morgan's return to sea was not a realistic option since she would not have a reasonable chance of survival in that case. In this context, the State Secretary considered it important that Morgan's family group had not been traced, that she belonged to a species of orca with a strict social structure and that she was a young animal of which it could not be said with certainty that she would be able to feed herself. The reports submitted by the foundations gave the State Secretary no cause for assuming that Dolfinarium's report dated 14 November 2010 had been prepared incorrectly or without due care. The State Secretary argued, stating his reasons, that Morgan's release into the wild was not an option and rightly took the position that the reports submitted by the foundations did not detract from the conclusions of Dolfinarium's report. In this context, the Division considers it important that the Morgan Release Plan does not contain a substantiation of the position that Morgan is suitable to be returned to the wild. All it comprises is a step-by-step plan that could result in her release into the wild.

This is not altered by the fact that the majority of the experts, having taken note of the Morgan Release Plan, took the position that, even if Morgan's eventual release into her natural habitat was not entirely feasible, placing Morgan in a sea pen in her natural environment in Norway, as envisaged in the Morgan Release Plan, would be a more satisfactory solution in any case on scientific and humanitarian grounds than transporting her to Loro Parque. After all, the statements to this effect subsequently submitted by the experts do not detract from the conclusions of Dolfinarium's

report. The District Court rightly proceeded from the assumption that Loro Parque is a zoo within the meaning of the Zoos Directive, which must comply with the conditions laid down in that Directive that are also conducive to the captive animal's welfare. In view of this, there is no reason at this point to assume that Morgan's living at Loro Parque cannot be conducive to her welfare. Furthermore, the District Court, again rightly, found that the option of gradual reintroduction into the sea, advocated by the foundations, was no guarantee that Morgan's welfare would be served. The Morgan Release Plan also leaves open the possibility that Morgan's reintroduction may eventually be unsuccessful.

Unlike the District Court, the Division is of the opinion that in this case the State Secretary was correct in not classifying Morgan's return, whether or not in line with the Morgan Release Plan, as a satisfactory alternative. Although the District Court rightly ruled that the State Secretary could reasonably choose the option of transport to Loro Parque, it wrongly found in this context that it was impossible to establish unambiguously and with certainty which was the most satisfactory solution in Morgan's case. It cannot be said that there is a sufficiently realistic, satisfactory alternative in Morgan's case.

In principle, therefore, the State Secretary could issue an EC certificate for transporting Morgan. The District Court rightly saw no ground for the opinion that this is in breach of the Ffw, as argued by Dolphinmotion and Sea First.

This argument is unsuccessful as well.

8.6. The District Court correctly established that the EC certificate had been issued both for the conduct of research and for educational purposes. After all, paragraph 18 of the EC certificate states that Morgan is intended: "to be used to enhance scientific knowledge (...) for purposes of research or education." This is not altered by the fact that the application states that the interest lies in conducting scientific research and that the decision of 27 July 2011 pertaining to the EC certificate states that the EC certificate is granted on condition that Morgan will be kept for scientific research. To this end, the Division finds that the application was made pursuant to Article 8(3), opening words and under (g) of the Basic Regulation, which mentions both research and education.

Furthermore, in the decision on objection, the State Secretary took the position, stating his reasons, that Morgan would be transferred to Loro Parque in order to contribute to scientific research and education aimed at the preservation or conservation of the species.

In addition, the District Court correctly ruled that Loro Parque's educational function was a given fact, since Loro Parque is indisputably a zoo within the meaning of the Zoos Directive. The Division, just like the District Court, sees no ground for the opinion that the effective implementation of this role by Loro Parque should have been included in the assessment, as argued by Dolphinmotion and Sea First. In this context, the District Court rightly attaches importance to the content of Article 3 of the Zoos Directive.

Article 3 of the Directive expressly provides that zoos have the task of promoting public information and awareness, which is a form of education.

Furthermore, the District Court, based on a number of examples of studies conducted at Loro Parque and two project proposals regarding the conduct of scientific studies, rightly saw no reason to assume that no research at all took place at Loro Parque. Besides, the State Secretary was guided, in accordance with Article 59(3) of the Implementing Regulation, by the opinion of the Spanish CITES Management Authority. The Spanish scientific authority confirmed that Loro Parque participates in scientific research which contributes to the conservation of this species. The counter-arguments advanced in this respect constitute no ground for the opinion that the State Secretary should not

have relied on this opinion. Therefore the argument advanced by Dolphinmotion and Sea First that the studies to be conducted at Loro Parque are devoid of any scientific value cannot succeed. In this context, the Division also attaches importance to the provisions of Articles 1 and 3 of the Zoos Directive, also referred to by the District Court in this connection. Article 3 of the Directive expressly instructs zoos to participate in research that is beneficial to the conservation of the animal species, repopulation or the reintroduction of species in their natural environment. From Article 1 of the Zoos Directive it also follows that zoos are expressly to play a part in the conservation of biodiversity.

Contrary to what Dolphinmotion and Sea First argue, Article 8(3) of the Basic Regulation does not provide that the EC certificate may only be issued if the animal for which this certificate was requested is necessary for the research. The fact that Loro Parque also undertakes commercial activities does not alter the fact that Loro Parque is engaged in research and education, as found above. The regulations in question provide no ground for the opinion that the purpose of transferring Morgan to Loro Parque must be the conduct of specific, targeted research.

The District Court found, again rightly, that the conditions relating to education and research aimed at the preservation or conservation of the species were fulfilled.

Furthermore, the Division agrees with the District Court that there is no ground for the opinion that Loro Parque would be unsuitable for Morgan in other respects. In this context, the District Court rightly took into consideration that the State Secretary, when designating Loro Parque as a suitable location for Morgan, considered it important inter alia that Loro Parque had extensive experience with keeping orcas, that a plan was available for introducing Morgan to the other orcas present, and that the Spanish CITES authority had stated that no irregularities had occurred with regard to Loro Parque. There was no indication as yet that Morgan's living at Loro Parque would not be conducive to her welfare. As the District Court rightly established, it follows from the Zoos Directive that living in a zoo and animal welfare are not mutually exclusive. Furthermore, based on European Union law, including the Zoos Directive, there are legally enforceable guarantees for Morgan's welfare. [As regards] the argument of Dolphinmotion and Sea First that Morgan is badly treated at Loro Parque and is in poor health because of her living there, which for that matter has been contradicted in detail by, among others, [person], veterinary surgeon at Dolfinarium, and [expert], associated as an expert with Loro Parque, the Division finds that Morgan's present state of health is not at issue here. Insofar as Dolphinmotion and Sea First believe that Loro Parque does not comply with the aforementioned guarantees, they can bring legal action in Spain. In this context, the District Court rightly found that it had neither been argued nor become evident that the Spanish authorities did not enforce such regulations.

This argument is unsuccessful.

8.7. The Division sees no ground either for the opinion that the District Court wrongly failed to assess the merits of the dispute where the application for enforcement measures was concerned. The District Court ruled that, in view of all its findings, Dolfinarium committed no offence by not having Morgan returned to sea, and that therefore the State Secretary had rightly seen no cause for taking enforcement measures against Dolfinarium at the time. It cannot be argued that the District Court thereby failed to assess the merits of the case.

At the relevant time, Dolfinarium held a dispensation from the prohibition on killing, injuring, capturing, taking or purposefully tracking down, deliberately disturbing, transporting, bringing into or taking outside the territory of the Netherlands and keeping specimens of cetaceans for purposes of research and protection of flora and fauna, i.e. accommodation, rehabilitation and release into the wild. Based on that dispensation, Dolfinarium was allowed to accommodate and look after Morgan, with the aim of releasing her at a later stage. If release was not possible, it was allowed to

keep such animals permanently for the purpose of conducting scientific research that is relevant in the context of obligations imposed by the Habitats Directive, the Bern Convention and ASCOBANS.

In view of all the above findings, Dolfinarium did not act in breach of the dispensation by not having Morgan returned to sea, and the State Secretary rightly saw no cause for taking enforcement measures against Dolfinarium at the relevant time.

This argument is also unsuccessful.

9. In view of finding 2.3, the appeal is upheld. The contested judgment must be reversed insofar as the appeal against the decision of 12 October 2011, upholding the issuance of an EC certificate, was dismissed. Doing what the District Court should have done, the Division will uphold the appeal against that decision lodged with the District Court, reverse that decision insofar as it does not contain a ruling on the application for reimbursement of the legal costs in the objection proceedings, reject that application and rule that this judgment replaces the decision insofar as it has been reversed. In all other respects, in view of finding 8.5, the contested judgment must be confirmed insofar as it was contested, with the grounds on which it was based being corrected.

10. The State Secretary must be ordered to pay the legal costs in the manner to be specified below.

Decision

The Administrative Jurisdiction Division of the Council of State:

I. upholds the appeal;

II. reverses the judgment of the Amsterdam District Court dated 13 December 2012 in cases nos. 11/5030 and 11/5031, insofar as the appeal against the decision of 12 October 2011, upholding the issuance of an EC certificate reference DRR&R/2011/6052 469-7857, was dismissed;

III. upholds the appeal lodged against that decision with the District Court;

IV. reverses that decision insofar as it does not contain a ruling on the application for reimbursement of the legal costs in the objection proceedings;

V. rejects that application;

VI. rules that this judgment replaces the decision of 12 October 2011 upholding the issuance of an EC certificate reference DRR&R/2011/6052 469-7857, insofar as this decision has been reversed;

VII. confirms the other elements of the District Court's judgment insofar as contested;

VII. orders the State Secretary for Economic Affairs to reimburse the legal costs incurred by the foundation Stichting Dolphinmotion and the foundation Stichting Sea First in connection with the hearing of the appeal up to an amount of EUR 974.00 (nine hundred and seventy-four euros), attributable entirely to professional legal assistance provided by a third party;

IX. orders the State Secretary for Economic Affairs to reimburse the foundation Stichting Dolphinmotion and the foundation Stichting Sea First for the court fee paid by them in the amount of EUR 466.00 (four hundred and sixty-six euros) for the hearing of the appeal.

Found by C.H.M. van Altena, Presiding Judge, A. Hammerstein and G.M.H. Hoogvliet, Members, in the presence of B. Nell, Officer of the Council of State.

Signed by Van Altena
Presiding Judge Officer of the Council of State

signed by Nell
Officer of the Council of State

Delivered at a public hearing on 23 April 2014

597.

Sent: 23 April 2014

Issued as a true copy,
The Secretary of the Council of State,

[signed]
H.H.C. Visser

I, Ian James Gaukroger, residing in Amsterdam, duly sworn as a translator for the English language by the District Court of Amsterdam (petition no. 01.358 H) and listed under number 2517 in the Dutch Register of Sworn Interpreters and translators (*Register beëdigde tolken en vertalers*) of the Dutch Legal Aid Board (*Raad voor Rechtsbijstand*), the official register of sworn translators and interpreters recognised and approved by the Dutch Ministry of Justice, certify that the foregoing document is a true and faithful translation of the original document, which is hereby attached.



Amsterdam, 30 June 2014

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de stichting Stichting Dolphinmotion, gevestigd te Nijmegen, en de stichting Stichting Sea First, gevestigd te Breda, (hierna: Dolphinmotion en Sea First),
appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 13 december 2012 in zaken nrs. 11/5030 en 11/5031 in het geding tussen:

Dolphinmotion, Sea First, de stichting Stichting The Black Fish, gevestigd te Amsterdam, en de stichting Stichting een Dier een Vriend, gevestigd te Den Haag, (hierna: de stichtingen),

en

de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (thans: de staatssecretaris van Economische Zaken).

Procesverloop

Bij besluit van 15 april 2011 heeft de staatssecretaris het verzoek van de stichtingen om handhavend op te treden tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Dolfinarium Harderwijk B.V. (hierna: het Dolfinarium) afgewezen.

Bij besluit van 27 juli 2011 heeft de staatssecretaris aan het Dolfinarium een EG-certificaat verleend voor de overdracht van een orka naar Loro Parque te Tenerife.

Bij afzonderlijke besluiten van 12 oktober 2011 heeft de staatssecretaris de door de stichtingen tegen de eerder genoemde besluiten gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 13 december 2012 heeft de rechtbank het door de stichtingen ingestelde beroep gericht tegen het besluit van 12 oktober 2011 waarbij de afwijzing van het verzoek om handhavend op te treden is gehandhaafd gegrond verklaard, dat besluit vernietigd voor zover daarin geen beslissing is genomen op het verzoek om vergoeding van de proceskosten in bezwaar, dat verzoek alsnog afgewezen en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van dat besluit, voor zover dat is vernietigd. De rechtbank heeft het door de stichtingen ingestelde beroep gericht tegen het besluit van 12 oktober 2011 waarbij de verlening van een EG-certificaat is gehandhaafd ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben Dolphinmotion en Sea First hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Het Dolfinarium heeft bij brief van 15 november 2013 een reactie en bij brief van 20 november 2013 nadere stukken ingediend.

Dolphinmotion en Sea First hebben eveneens nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 3 december 2013, waar Dolphinmotion en Sea First, vertegenwoordigd door H. Bartels, voorzitter van Dolphinmotion, bijgestaan door mr. M.F. Wijngaarden, advocaat te Amsterdam, J. Foster en I. Visser, deskundigen, en P. Molenaar, tolk, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J.E.W. Tieleman en G.M.R. van der Sluis, beiden ambtenaren in dienst van het ministerie, zijn verschenen. Voorts is ter zitting het Dolfinarium, vertegenwoordigd door M. Foppen, directeur van het Dolfinarium, bijgestaan door mr. D.H. Nas, advocaat te Nijmegen, N. van Elk, werkzaam als dierenarts bij het Dolfinarium, J. Almunia, deskundige verbonden aan Loro Parque, en E. Philipi-Gho, deskundige, gehoord.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 9, eerste lid, van het Verdrag inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijk leefmilieu in Europa (hierna: het Verdrag van Bern) mag iedere Verdragsluitende Partij afwijken van het bepaalde in de artikelen 4, 5, 6 en 7 alsmede van het verbod tot het gebruik van de middelen bedoeld in artikel 8, mits er geen andere bevredigende oplossing bestaat en de afwijkingen geen aantasting met zich brengen van het voortbestaan van de desbetreffende populatie:

[...];

- ten behoeve van onderzoek en onderwijs, repopulatie, het opnieuw uitzetten van exemplaren alsmede voor noodzakelijk telen, kweken en fokken;

[...].

In bijlage II, behorende bij de het Verdrag van Bern, zijn onder meer opgenomen: Cetacea, meer specifiek *Orcinus orca*.

Ingevolge artikel 2 van Verordening (EG) Nr. 338/97 van de Raad van 9 december 1996 inzake de bescherming van in het wild levende dieren en plantensoorten door controle op het desbetreffende handelsverkeer (hierna: de Basisverordening) wordt voor de toepassing van deze verordening verstaan onder:

[...];

b. "de Overeenkomst": de Overeenkomst inzake de internationale handel in bedreigde in het wild levende dier- en plantensoorten (hierna: CITES-overeenkomst);

[...];

p. "verkoop": alle vormen van verkoop. Voor toepassing van deze verordening worden huur, ruil, of uitwisseling gelijkgesteld met verkoop; uitdrukkingen van dezelfde strekking worden in dezelfde zin geïnterpreteerd; [...].

Ingevolge artikel 8, eerste lid, is verboden 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 het oog op verkoop van specimens van de in bijlage A genoemde soorten.

Ingevolge het derde lid, aanhef en 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 het eerste lid genoemde verbodsbepaling 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 de bescherming of de instandhouding van de soort op het oog heeft.

In bijlage A, behorende bij de Basisverordening (hierna: bijlage A), zijn onder meer opgenomen: Cetacea (walvisachtigen).

Ingevolge artikel 48, eerste lid, van Verordening (EG) Nr. 865/2006 van de Commissie van 4 mei 2006 houdende uitvoeringsbepalingen van de Basisverordening (hierna: de Uitvoeringsverordening) wordt in een certificaat voor de in artikel 8, derde lid, van de Basisverordening genoemde doeleinden bevestigd dat de betrokken specimen van een in bijlage A bij die verordening opgenomen soort om een van de volgende redenen zijn vrijgesteld van één of meer verbodsbepalingen van artikel 8, eerste lid, van die verordening:

[...];

d. de specimen mogen worden gebruikt voor één van de in artikel 8, derde lid, aanhef en onder c, en onder e, f en g, van de Basisverordening genoemde doeleinden.

Ingevolge artikel 59, derde lid, wordt de ontheffing voor de in artikel 8, derde lid, aanhef en onder e, f en g, van de Basisverordening bedoelde specimen slechts verleend indien de aanvrager ten genoegen van de bevoegde administratieve instantie, welke overleg pleegt met een bevoegde wetenschappelijke autoriteit, aantoont dat aan de daar en in artikel 48 van de onderhavige verordening genoemde voorwaarden is voldaan.

Ingevolge artikel 16, eerste lid, van Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PB L 206 van 22 juli 1992; hierna: de Habitatrichtlijn) mogen de lidstaten, wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat en op voorwaarde dat de afwijking geen afbreuk doet aan het streven de populaties van de betrokken soort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan, afwijken van het bepaalde in de artikelen 12, 13, 14 en 15, letters a) en b):

[...];

d. ten behoeve van onderzoek en onderwijs, repopulatie en herintroductie van deze soorten, alsmede voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van de kunstmatige vermeerdering van planten;

[...].

Cetacea zijn opgenomen in bijlage IV behorende bij de Habitatrichtlijn.

Ingevolge artikel 1 van de Richtlijn 1999/22/EG, betreffende het houden van wilde dieren in dierentuinen (hierna: de Dierentuinrichtlijn) zijn de doelstellingen van deze richtlijn de bescherming van wilde dieren en de instandhouding van de biodiversiteit door ervoor te zorgen dat de lidstaten maatregelen nemen inzake vergunningen voor en de inspectie van dierentuinen in de Gemeenschap, waarbij de rol die dierentuinen vervullen bij het behoud van de biologische diversiteit wordt versterkt.

Ingevolge artikel 3 nemen de lidstaten maatregelen uit hoofde van de artikelen 4, 5, 6 en 7 om te garanderen dat elke dierentuin de volgende instandhoudingsmaatregelen uitvoert:

- deelnemen aan onderzoek dat gunstige gevolgen heeft voor het behoud van de diersoorten, en/of opleiding in relevante vaardigheden in verband met het behoud, en/of informatie-uitwisseling in verband met het behoud van diersoorten, en/of in voorkomend geval, fokken van dieren in

gevangenschap, herstel van de populatie of het herintroduceren van soorten in hun natuurlijke omgeving;

- bevordering van voorlichting en bewustmaking van het publiek in verband met het behoud van de biodiversiteit, met name door het verstrekken van informatie over de tentoongestelde soorten en hun natuurlijke habitats;
- de dieren op zodanige wijze huisvesten dat ernaar wordt gestreefd te voldoen aan de biologische behoeften en de behoeften inzake behoud van iedere soort, onder meer door te voorzien in een voor elke soort specifieke kwalitatieve verbetering van de kooien, alsmede de dieren uitstekend verzorgen, onder toepassing van een doordacht programma van preventieve en curatieve diergeneeskundige verzorging en voeding;
- voorkomen dat dieren ontsnappen teneinde mogelijke ecologische bedreigingen voor inheemse soorten te vermijden en voorkomen dat ongedierte de dierentuin binnendringt;
- bijhouden van een bijgewerkt register over de collectie van de dierentuin, aangepast aan de geregistreerde soorten.

Ingevolge artikel 4, eerste lid, van de Flora- en faunawet (hierna: Ffw) worden als beschermde inheemse diersoorten aangemerkt:

- a. alle van nature in Nederland voorkomende soorten zoogdieren, met uitzondering van gedomesticeerde dieren behorende tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen soorten en met uitzondering van de zwarte rat, de bruine rat en de huismuis;
- b. alle van nature op het Europese grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie voorkomende soorten vogels met uitzondering van gedomesticeerde vogels behorende tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen soorten;
- c. alle van nature in Nederland voorkomende soorten amfibieën en reptielen en
- d. alle van nature in Nederland voorkomende soorten vissen, met uitzondering van de soorten waarop de Visserijwet 1963 van toepassing is.

Ingevolge het tweede lid kunnen als beschermde inheemse diersoort voorts bij algemene maatregel van bestuur worden aangewezen diersoorten die van nature in Nederland voorkomen en die:

- a. in hun voortbestaan worden bedreigd of het gevaar lopen in hun voortbestaan te worden bedreigd;
- b. niet noodzakelijkerwijs in hun voortbestaan worden bedreigd of dat gevaar lopen, doch ter bescherming waarvan maatregelen noodzakelijk zijn ter voorkoming van overmatige benutting;
- c. uit Nederland zijn verdwenen doch ten aanzien waarvan gereede kans op terugkeer bestaat of
- d. zodanige gelijkenis vertonen met soorten die zijn aangewezen op grond van het bepaalde in de onderdelen a, b of c, dat aanwijzing ervan noodzakelijk is ter bescherming van die soorten.

Ingevolge het derde lid geschiedt de aanwijzing van een diersoort als beschermde inheemse diersoort in afwijking van het bepaalde in het tweede lid bij ministeriële regeling indien die aanwijzing noodzakelijk is ter uitvoering van internationale verplichtingen of bindende besluiten van organen van de Europese Unie of andere volkenrechtelijke organisaties.

Ingevolge artikel 9 is het verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te doden, te verwonden, te vangen, te bemachtigen of met het oog daarop op te sporen.

Ingevolge artikel 10 is het verboden dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, opzettelijk te verontrusten.

Ingevolge artikel 13, eerste lid, aanhef en onder a, is het verboden planten of producten van planten, of dieren dan wel eieren, nesten of producten van dieren, behorende tot een beschermde inheemse of beschermde uitheemse plantensoort onderscheidenlijk een beschermde inheemse of beschermde uitheemse diersoort, te koop te vragen, te kopen of te verwerven, ten verkoop voorhanden of in voorraad te hebben, te verkopen of ten verkoop aan te bieden, te vervoeren, ten vervoer aan te bieden, af te leveren, te gebruiken voor commercieel gewin, te huren of te verhuren, te ruilen of in ruil aan te bieden, uit te wisselen of tentoon te stellen voor handelsdoeleinden, binnen of buiten het grondgebied van Nederland te brengen of onder zich te hebben.

Ingevolge het vierde lid gelden met uitzondering van het verbod op het binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen, de in het eerste lid bedoelde verboden noch ten aanzien van planten of producten van planten, noch ten aanzien van dieren of eieren, nesten of producten van dieren behorende tot een beschermde uitheemse plantensoort onderscheidenlijk een beschermde uitheemse diersoort, die is aangewezen om redenen als bedoeld in artikel 5, eerste lid, aanhef en onder b, indien kan worden aangetoond dat zij:

- a. overeenkomstig het bij of krachtens deze wet bepaalde in Nederland zijn gebracht of
- b. overeenkomstig de Wet bedreigde uitheemse dier- en plantensoorten zijn verworven voor het tijdstip van inwerkingtreding van dit artikel.

Ingevolge artikel 75, eerste lid, kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, voor zover niet bij of krachtens enig ander artikel van deze wet vrijstelling is of kan worden verleend, vrijstelling worden verleend van de bij of krachtens de artikelen 8 tot en met 18 bepaalde verboden.

Ingevolge het tweede lid kan indien een vrijstelling als bedoeld in het eerste lid strekt tot uitvoering van internationale verplichtingen of bindende besluiten van organen van de Europese Unie of andere volkenrechtelijke organisaties, de vrijstelling bij ministeriële regeling worden verleend.

Ingevolge het vijfde lid worden vrijstellingen en ontheffingen tenzij uitvoering van internationale verplichtingen of bindende besluiten van organen van de Europese Unie of andere volkenrechtelijke organisaties noodzaakt tot het verlenen van vrijstelling of ontheffing om andere redenen, slechts verleend indien geen afbreuk wordt gedaan aan een gunstige staat van instandhouding van de soort.

Ingevolge het zesde lid, worden, onverminderd het vijfde lid, voor soorten genoemd in bijlage IV van de Habitatrichtlijn, voor soorten vogels als bedoeld in artikel 4, eerste lid, aanhef en onder b, en voor bij algemene maatregel van bestuur aangewezen beschermde inheemse dier- of plantensoorten vrijstelling of ontheffing slechts verleend wanneer er geen andere bevredigende oplossing bestaat:

- a. ten behoeve van onderzoek en onderwijs, reproductie en herintroductie,

alsmede voor de daartoe benodigde kweek, met inbegrip van de kunstmatige vermeerdering van planten; [...].

1.1. Bijlage 1 van Resolutie Conf. 10.7 bij de CITES-overeenkomst vermeldt de opties Captivity (1), Return to the wild (2) en Euthanasia (3). Onder de optie Return to the wild (2) is onder meer vermeld:

"Before "Return to the wild" of confiscated animals is considered, several issues of concern must be considered in general terms: welfare, conservation value, cost and disease.

a. Welfare. While return to the wild may appear to be humane, it may be nothing more than a sentence to a slow death." (...).

Cetacea zijn opgenomen in bijlage II behorende bij de CITES-overeenkomst.

In de bijlage bij het "Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas" (hierna: ASCOBANS-overeenkomst) is onder meer het volgende bepaald:

"2. Surveys and research

Investigations, to be coordinated and shared in an efficient manner between the Parties and competent international organizations, shall be conducted in order to (a) assess the status and seasonal movements of the populations and stocks concerned, (b) locate areas of special importance to their survival, and (c) identify present and potential threats to the different species. Studies under (a) should particularly include improvement of existing and development of new methods to establish stock identity and to estimate abundance, trends, population structure and dynamics, and migrations. Studies under (b) should focus on locating areas of special importance to breeding and feeding. Studies under (c) should include research on habitat requirements, feeding ecology, trophic relationships, dispersal, and sensory biology with special regard to effects of pollution, disturbance and interactions with fisheries, including work on methods to reduce such interactions. The studies should exclude the killing of animals and include the release in good health of animals captured for research.

3. Use of by-catches and strandings

Each Party shall endeavour to establish an efficient system for reporting and retrieving by-catches and stranded specimens and to carry out, in the framework of the studies mentioned above, full autopsies in order to collect tissues for further studies and to reveal possible causes of death and to document food composition. The information collected shall be made available in an international database.

4. Legislation

Without prejudice to the provisions of paragraph 2 above, the Parties shall endeavour to establish (a) the prohibition under national law, of the intentional taking and killing of small cetaceans where such regulations are not already in force, and (b) the obligation to release immediately any animals caught alive and in good health. Measures to enforce these regulations shall be worked out at the national level."

1.2. Op 3 februari 2009 is aan het Dolfinarium voor de periode van 3 februari 2009 tot en met 2 februari 2014 onder meer ontheffing verleend van de verbodsbepalingen genoemd in de artikelen 9, 10 en 13, eerste lid, van de Ffw voor het doden, verwonden, vangen, bemachtigen of met het oog daarop opsporen, opzettelijk verontrusten, vervoeren, binnen of buiten 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 deze ontheffing zijn de volgende voorwaarden verbonden: [...]

8. Gevangen exemplaren van walvisachtigen (*Cetacea*) mogen tijdelijk onder zich gehouden worden ter revalidatie, 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 dat relevant is in het kader van door de 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 bij de Basisverordening voor overwegend commerciële doeleinden, zoals bedoeld in artikel 8, eerste lid, van die verordening 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.

2. Het gaat in deze zaak om orka Morgan die in 2010 ernstig verzwakt in de Waddenzee werd aangetroffen en naar het Dolfinarium werd gebracht om te herstellen. Op 29 november 2011 is Morgan vanuit het Dolfinarium getransporteerd naar Loro Parque op Tenerife. Het Dolfinarium heeft gemotiveerd aangevoerd dat het procesbelang van Dolphinmotion en Sea First in beide procedures is komen te vervallen, zodat de rechtbank Dolphinmotion en Sea First niet-ontvankelijk had dienen te verklaren.

2.1. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) worden de kosten die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed op verzoek van de belanghebbende voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.

2.2. Dolphinmotion en Sea First hebben in beide procedures verzocht om vergoeding van de door hen gemaakte proceskosten in verband met de behandeling van het bezwaar. Daarmee is het belang bij het beroep en hoger beroep gegeven en heeft de rechtbank, zij het deels op andere gronden,

terecht de rechtmatigheid van de bij haar in beroep bestreden besluiten van 12 oktober 2011 beoordeeld.

2.3. De Afdeling overweegt in dit verband voorts ambtshalve dat de rechtbank het besluit van 12 oktober 2011 waarbij de verlening van een EG-certificaat is gehandhaafd, eveneens had moeten vernietigen voor zover daarin geen beslissing is genomen op het verzoek om vergoeding van de proceskosten in bezwaar en dat verzoek, zelf voorzien, alsnog had moeten afwijzen.

De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend.

3. Dolphinmotion en Sea First hebben aangevoerd dat de door het Dolfinarium ingediende reactie van 15 november 2013 en de bij brief van 20 november 2013 ingediende nadere stukken wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing dienen te blijven. Het gaat om een dermate grote hoeveelheid stukken en nieuwe argumenten, die mede gezien de diverse data bovendien al veel eerder hadden kunnen worden ingediend, dat Dolphinmotion en Sea First onvoldoende tijd en gelegenheid hebben gehad om daarop adequaat te kunnen reageren.

3.1. De Afdeling stelt vast dat de desbetreffende stukken met inachtneming van de in artikel 8:58, eerste lid, van de Awb vermelde termijn zijn ingediend. Geen grond bestaat voor het oordeel dat Dolphinmotion en Sea First onvoldoende gelegenheid hadden om adequaat op de stukken te kunnen reageren. Dolphinmotion en Sea First hebben bij brief van 22 november 2013 en bij de behandeling van de zaak ter zitting op 3 december 2013 voorts een inhoudelijke reactie gegeven. Gezien het vorenstaande bestaat, de aard en omvang van de stukken hierbij in aanmerking genomen, geen grond voor het oordeel dat de stukken wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing dienen te worden gelaten.

4. Op 10 december 2010 heeft het Dolfinarium besloten dat het Morgan niet zal laten terugkeren naar de vrije natuur. Dit besluit heeft het Dolfinarium gebaseerd op het rapport dat is opgesteld door zeven experts "Expert Advice on the releasability of the rescued killer whale (*Orcinus orca*) Morgan" van 14 november 2010.

5. De stichtingen hebben een verzoek tot handhaving ingediend bij de staatssecretaris omdat het Dolfinarium volgens hen door te besluiten Morgan niet te laten terugkeren in de vrije natuur handelt in strijd met de aan haar op 3 februari 2009 verleende ontheffing.

6. De staatssecretaris heeft het verzoek van de stichtingen bij besluit van 15 april 2011 afgewezen en dat besluit in bezwaar gehandhaafd. Daaraan heeft hij ten grondslag gelegd dat met de totstandkoming van de Ffw uitvoering is gegeven aan Europese en internationale verplichtingen en dat het Dolfinarium ten tijde van belang over een geldige ontheffing beschikte op grond van de Ffw voor de opvang van Morgan. Voorts heeft de staatssecretaris daaraan ten grondslag gelegd dat als vrijlating van Morgan niet mogelijk is, zij op grond van de ontheffing in dat geval permanent mag

worden gehouden voor het doen van wetenschappelijk onderzoek dat relevant is in het kader van door de Habitatrichtlijn, de Conventie van Bern en ASCOBANS opgelegde verplichtingen. Bij de beantwoording van de vraag of het mogelijk is om Morgan weer vrij te laten, is volgens de staatssecretaris van belang of zij een goede kans heeft om te overleven in de natuur. Daarbij heeft hij in aanmerking genomen dat internationale verplichtingen noch nationale regelgeving ertoe verplichten een dier terug te plaatsen als er geen goede overlevingskans is. Resolutie Conf. 10.7 bij de CITES-overeenkomst 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 van het behoud van de soort. De resolutie verduidelijkt dat de bepalingen van de CITES-overeenkomst niet zo moeten worden uitgelegd dat steeds uitzetting in de natuur moet volgen, maar dat dit slechts gewenst is onder specifieke omstandigheden, waarbij het welzijn van het dier een belangrijk aspect vormt. De staatssecretaris heeft gesteld geen redenen te zien om aan te nemen dat het rapport van het Dolfinarium van 14 november 2010 onjuist of onzorgvuldig tot stand is gekomen. Daarbij heeft hij in aanmerking genomen dat de familiegroep van Morgan niet is getraceerd, ze behoort tot een orkasoot met een strikt sociale structuur en het een jong dier is waarvan niet met zekerheid kan worden gesteld dat ze in haar eigen voedsel kan voorzien. De door de stichtingen ingebrachte rapporten doen niet af aan de conclusies in het rapport van het Dolfinarium, aldus de staatssecretaris. Het door hen ingebrachte stappenplan van het Free Morgan Expert Panel van 3 november 2010 (hierna: Morgan Release Plan) bevat weliswaar een uitgebreide beschrijving van de stappen die gezet kunnen worden om Morgan weer vrij te laten, maar bevat geen motivering van het standpunt dat zij geschikt is om in de natuur te worden teruggebracht.

De staatssecretaris houdt de conclusie van het Dolfinarium dat Morgan niet geschikt is om in de natuur te worden teruggebracht niet voor onjuist.

7. Bij besluit van 27 juli 2011 heeft de staatssecretaris aan het Dolfinarium een EG-certificaat, als bedoeld in artikel 8, derde lid, van de Basisverordening, verleend om Morgan naar Loro Parque te kunnen overbrengen. Het daartegen door de stichtingen gemaakte bezwaar is ongegrond verklaard. Aan de besluitvorming heeft de staatssecretaris ten grondslag gelegd dat het Dolfinarium Morgan op grond van de ontheffing mocht opvangen en binnen en buiten het grondgebied mocht vervoeren. Voorts is overeenkomstig de voorschriften van andere Uniewetgeving gehandeld nu is vastgesteld dat het niet verantwoord is Morgan te laten terugkeren in de vrije natuur. Volgens de staatssecretaris wordt voldaan aan artikel 8, derde lid, aanhef en onder g, van de Basisverordening. De staatssecretaris stelt zich op het standpunt dat Morgan wordt overgedragen aan Loro Parque om bij te dragen aan wetenschappelijk onderzoek en onderwijs met het oog op de bescherming of instandhouding van de soort. Ingevolge artikel 48, eerste lid, aanhef en onder d, van de Uitvoeringsverordening kan hiervoor een EG-certificaat worden afgegeven. De staatssecretaris stelt dat, anders dan de stichtingen hebben aangevoerd,

Loro Parque geen pretpark is, maar een dierentuin overeenkomstig de Dierentuinrichtlijn en dierentuinen als zodanig niet worden aangemerkt als overwegend commerciële instellingen, maar vooral een educatieve rol hebben. De staatssecretaris heeft zich verder op het standpunt gesteld dat hij in overeenstemming met artikel 59, derde lid, van de Uitvoeringsverordening aan de Spaanse CITES Management Autoriteit heeft gevraagd of Loro Parque voldoende is uitgerust om Morgan in stand te houden en goed te verzorgen. Deze autoriteit heeft daarop haar wetenschappelijke autoriteit geraadpleegd en gesteld geen bezwaar te hebben tegen de overdracht van Morgan. Door de autoriteit is bevestigd dat Loro Parque deelneemt aan wetenschappelijk onderzoek dat bijdraagt aan het instandhouden van deze soort. De staatssecretaris heeft ter motivering van dat aspect onder meer verwezen naar het rapport "Marine Mammal Research and Conservation Plan 2010-2015" van Loro Parque en acht het Loro Parque een geschikte plek om Morgan naar toe te verplaatsen.

8. Dolphinmotion en Sea First betogen dat de rechtbank ten onrechte niet heeft onderkend dat de ASCOBANS-overeenkomst door de afgifte van het EG-certificaat is geschonden. Daartoe voeren zij aan dat Morgan niet op rechtmatige wijze in de macht van het Dolfinarium is gekomen. Het vangen van Morgan valt onder de in paragraaf 4 van de bijlage bij de ASCOBANS-overeenkomst bedoelde - en verboden - "intentional taking". Zij stellen verder dat de ASCOBANS-overeenkomst verplicht tot onmiddellijke vrijlating van dieren die zijn gevangen "alive and in good health". Morgan had op grond van deze overeenkomst in ieder geval moeten worden vrijgelaten zodra zij weer in goede gezondheid verkeerde. De ASCOBANS-overeenkomst biedt geen grondslag voor het permanent in gevangenschap houden van een orka, of dit nu voor onderzoek is of anderszins.

Voorts betogen Dolphinmotion en Sea First dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris voor de invulling van het begrip "andere bevredigende oplossing" in redelijkheid aansluiting heeft kunnen zoeken bij Resolutie Conf. 10.7 bij de CITES-overeenkomst. Daartoe voeren zij aan dat dit leidt tot een extensieve, bij de totstandkoming nooit aan de orde geweest zijnde, uitbreiding van de derogatiemogelijkheid van artikel 16, eerste lid, van de Habitatrictlijn en artikel 9, eerste lid, van het Verdrag van Bern. Hiermee wordt immers afbreuk gedaan aan het voortbestaan van de orka's in hun natuurlijke verspreidingsgebied. De resolutie heeft een aanmerkelijk ruimere strekking dan andere genoemde internationale verdragen. Dolphinmotion en Sea First geven de Afdeling in dit verband in overweging prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

De rechtbank heeft volgens Dolphinmotion en Sea First voorts miskend dat ook bij Resolutie Conf. 10.7 van belang is de vraag of afbreuk wordt gedaan aan het behoud van de soort, waarbij ook onderwijs en andere middelen moeten worden betrokken. Zij stellen zich op het standpunt dat de afgifte van het EG-certificaat afbreuk doet aan het voortbestaan van de orka's in hun natuurlijke verspreidingsgebied. Daartoe voeren zij aan dat de terugkeer van een jonge vrouwelijke orka in de populatie van haring etende orka's in de Noordelijke Atlantische Oceaan een significante bijdrage aan het behoud van de soort zal leveren, en dat de wetenschappelijke data die bij de uitvoering van het Morgan Release Plan door hen zullen worden verzameld

een aanmerkelijk grotere bijdrage aan het behoud van de soort zullen leveren, dan het wetenschappelijke onderzoek dat in de zeer beperkte setting van het Loro Parque zal worden verricht.

Dolphinmotion en Sea First betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssecretaris in redelijkheid kon kiezen voor de optie van vervoer naar Loro Parque. Zij stellen daartoe allereerst dat de rechtbank heeft miskend dat het rapport van het Dolfinarium niet als deskundigenbericht kan worden aangemerkt omdat dit op onzorgvuldige wijze tot stand gekomen is. De zeven geraadpleegde deskundigen zijn niet op de hoogte gesteld van het Morgan Release Plan noch is hun gevraagd of enig stappenplan waarvan het plaatsen van Morgan in een seapenn onderdeel uitmaakt een alternatief of "andere bevredigende oplossing" is. Daarbij komt dat de meerderheid van de deskundigen zich na kennisneming van het Morgan Release Plan van de conclusies van het rapport van het Dolfinarium heeft gedistantieerd. Vele deskundigen hebben zich op het standpunt gesteld dat ook wanneer de uiteindelijke vrijlating van Morgan in haar natuurlijke habitat niet geheel haalbaar zou zijn, het plaatsen van Morgan in een seapenn in haar natuurlijke omgeving in Noorwegen, hetgeen onderdeel uitmaakt van het Morgan Release Plan, in ieder geval op wetenschappelijke en humanitaire gronden een meer bevredigende oplossing zou zijn dan vervoeren naar het Loro Parque. De uitvoering van het Morgan Release Plan is de meest bevredigende oplossing, althans een andere bevredigende oplossing als bedoeld in artikel 16, eerste lid, van de Habitatrichtlijn. Derhalve is niet voldaan aan de strikte voorwaarden waaronder het Verdrag van Bern, de Habitatrichtlijn en de Ffw de mogelijkheid kennen af te wijken van het verbod een orka in gevangenschap te houden ten behoeve van onderzoek en onderwijs. De rechtbank heeft dat ten onrechte niet onderkend en het verlenen van een EG-certificaat ten onrechte niet in strijd geacht met het Verdrag van Bern, de Habitatrichtlijn en de Ffw, aldus Dolphinmotion en Sea First.

Voorts betogen Dolphinmotion en Sea First dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat aan de voorwaarden met betrekking tot onderwijs en onderzoek is voldaan. De rechtbank heeft volgens hen ten onrechte geoordeeld dat het EG-certificaat is afgegeven mede ten behoeve van educatie. Zij verwijzen daarbij naar het besluit van 27 juli 2011, waarin is opgenomen dat het EG-certificaat wordt verleend, met als voorwaarde dat Morgan voor onderzoek wordt gehouden. Ten onrechte heeft de rechtbank voorts uit de enkele stelling dat het Loro Parque een dierentuin is afgeleid dat daar daadwerkelijk onderwijs wordt gegeven. De rechtbank heeft daarbij ten onrechte de feitelijke invulling daarvan door Loro Parque niet betrokken. Verder stellen Dolphinmotion en Sea First dat de rechtbank er ten onrechte aan is voorbijgegaan dat de in Loro Parque uit te voeren onderzoeken elke wetenschappelijke waarde ontberen. De gestelde onderzoeken kunnen volgens hen redelijkerwijs niet beschouwd worden als zijnde goed voor het behoud van de diersoort. De rechtbank had derhalve niet op grond van artikel 3 van de Dierentuinrichtlijn kunnen concluderen dat de gestelde onderzoeken voldoende wetenschappelijk van aard zijn om de afgifte van een EG-certificaat te kunnen dragen. Bovendien zijn de commerciële belangen bij het houden van orka's in het Loro Parque aanzienlijke groter dan de onderzoeks- en educatieve belangen. De rechtbank is er daarbij volgens

Dolphinmotion en Sea First ten onrechte van uitgegaan dat de Basisverordening niet de voorwaarde stelt dat het EG-certificaat alleen verstrekt mag worden als dit noodzakelijk is voor onderzoek. Het doel van het overbrengen van Morgan naar Loro Parque moet zijn gericht op het doen van een specifiek gericht onderzoek. In dit geval prevaleren echter de commerciële belangen terwijl het onderzoek het hoofddoel dient te zijn van het transport, niet het nevendoeel. De rechtbank heeft volgens Dolphinmotion en Sea First voorts ten onrechte niet onderkend dat Loro Parque ook overigens ongeschikt is voor Morgan. Het welzijn van Morgan is met verblijf in Loro Parque niet gediend. Zij is geïntroduceerd in een groep waarmee zij geen vocabulaire overeenkomsten heeft en de groep is instabiel en agressief en daarmee disfunctioneel. Zij verwijzen naar in beroep overgelegde foto's waaruit volgt dat Morgan een groot deel van de tijd geïsoleerd wordt, nauwelijks gestimuleerd wordt en diverse tekenen van verveling vertoont. Bovendien is pas een jaar na haar overbrenging door het park onderzoek verricht naar haar gehoor. Ook zijn een jaar na haar transport 320 prik- en bijtewonden waargenomen en zijn sommige van haar tanden meer dan een derde afgesleten door kauwen op beton, aldus Dolphinmotion en Sea First. Ter zitting en aan de hand van nader ingekomen stukken hebben Dolphinmotion en Sea First de door hen gestelde slechte gezondheid van Morgan nader gemotiveerd. Loro Parque voldoet volgens hen niet aan de verplichtingen op grond van Europees Unierecht, waaronder de Dierentuinrichtlijn, die het welzijn van Morgan dienen te waarborgen.

Tot slot betogen Dolphinmotion en Sea First dat de rechtbank ten onrechte de inhoudelijke beoordeling van het geschil betreffende het handhavingsverzoek achterwege heeft gelaten. Zij stellen dat het Dolfinarium door Morgan niet te laten terugkeren naar zee handelt in strijd met de aan haar op 3 februari 2009 verleende ontheffing en de staatssecretaris ten onrechte geen aanleiding heeft gezien ten tijde van belang handhavend tegen het Dolfinarium op te treden.

8.1. Dolphinmotion en Sea First hebben weliswaar terecht gesteld dat de ASCOBANS-overeenkomst in een verplichting voorziet tot onmiddellijke vrijlating van een dier dat in goede gezondheid is gevangen, maar zoals de rechtbank terecht heeft overwogen verkeerde Morgan op het moment dat zij werd aangetroffen in de Waddenzee onbetwist niet in goede gezondheid. De rechtbank heeft dan ook terecht geconcludeerd dat deze verplichting niet is geschonden. Voorts is niet in geschil dat Morgan geen bijvangst of een gestrand (overleden) dier als bedoeld in paragraaf 3 van de bijlage bij de ASCOBANS-overeenkomst was. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat het opvangen van Morgan evenmin valt onder de in paragraaf 4 van de bijlage bij de ASCOBANS-overeenkomst bedoelde "intentional taking". Daartoe heeft de rechtbank terecht overwogen dat er na het aantreffen van Morgan in de Waddenzee direct pogingen zijn ondernomen om haar weer naar zee te geleiden, dat deze pogingen niet zijn geslaagd en dat zij daarna naar het Dolfinarium is overgebracht om te herstellen. De overeenkomst biedt dan ook geen grondslag voor de door Dolphinmotion en Sea First geformuleerde verplichting dat het Dolfinarium Morgan had moeten vrijlaten zodra zij weer in goede gezondheid verkeerde.

Gelet op het vorenstaande bestaat geen grond voor het oordeel dat het Dolfinarium de ASCOBANS-overeenkomst, waarmee zij, gelet op de aan haar op 3 februari 2009 verleende ontheffing, in overeenstemming diende te handelen, heeft geschonden. Daargelaten of aan de ASCOBANS-overeenkomst rechtstreekse werking toekomt, bestaat reeds daarom naar het oordeel van de Afdeling evenmin aanleiding voor het oordeel dat de rechtbank de afgifte van het EG-certificaat ten onrechte niet daarmee in strijd heeft geacht.

Het betoog faalt.

8.2. Ten aanzien van het beroep van Dolphinmotion en Sea First op het Verdrag van Bern, overweegt de Afdeling dat zowel Nederland als de Europese Unie hierbij partij is. Aan het Verdrag is door de Europese Unie uitvoering gegeven door middel van de Habitatrichtlijn. Artikel 9, eerste lid, van het Verdrag van Bern stemt, voor zover hier van belang, inhoudelijk overeen met artikel 16, eerste lid, aanhef en onder d van de Habitatrichtlijn, zodat de Afdeling, daargelaten of aan artikel 9, eerste lid, van het Verdrag van Bern rechtstreekse werking toekomt, geen aanleiding ziet voor toetsing aan het Verdrag van Bern. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen kan de vraag naar de rechtstreekse werking van de bepalingen van de richtlijn alleen rijzen in gevallen van incorrecte implementatie of indien de volledige toepassing van de richtlijn niet daadwerkelijk is verzekerd (uitspraak van 25 juli 2012 in zaak nr. 201107585/1/A2; www.raadvanstate.nl). Artikel 16, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn is omgezet in artikel 75, vijfde en zesde lid, van de Ffw. Niet is gebleken dat deze implementatie onjuist is dan wel dat de richtlijn niet volledig toegepast wordt. Een rechtstreeks beroep op artikel 16, eerste lid, aanhef en onder d, van de Habitatrichtlijn komt Dolphinmotion en Sea First dan ook niet toe. De Afdeling volstaat met toetsing aan bovenvermeld artikel van de Ffw.

Zoals volgt uit artikel 75, vijfde en zesde lid, van de Ffw kan een ontheffing als bedoeld in artikel 8, derde lid, aanhef en onder g, van de Basisverordening worden verleend indien het dier bestemd is voor onderzoek of onderwijs dat de bescherming of de instandhouding van de soort op het oog heeft en bovendien geen andere bevredigende oplossing bestaat en hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken diersoort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan.

Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de staatssecretaris voor de invulling van het begrip "andere bevredigende oplossing" aansluiting heeft kunnen zoeken bij Resolutie Conf. 10.7 bij de CITES-overeenkomst. Daarbij neemt zij in aanmerking, zoals volgt uit de arresten van het Hof van Justitie van 23 oktober 2001, C-510/99, Tridon, punt 25, en 23 oktober 2003, C-154/02, Nilsson, punt 39 (www.curia.europa.eu), dat hoewel de Unie geen partij is bij de CITES-overeenkomst, de Basisverordening volgens artikel 1, tweede alinea, ervan van toepassing is met inachtneming van de doelstellingen, beginselen en bepalingen van de CITES-overeenkomst. Verder heeft de rechtbank evenzeer terecht bij haar oordeel betrokken de omstandigheid dat de orka is opgenomen in bijlage II behorende bij de CITES-overeenkomst. De rechtbank heeft voorts terecht in aanmerking genomen dat niet is gebleken van een bepaling van nationaal of

internationaal recht waarmee deze door de staatssecretaris gekozen benadering in strijd is. Resolutie Conf. 10.7 heeft betrekking op het al dan niet terugplaatsen van dieren in de vrije natuur, hetgeen ook hier aan de orde is. Verder heeft de rechtbank evenzeer terecht bij haar oordeel betrokken de omstandigheden dat artikel 2, aanhef en onder b, van de Basisverordening de CITES-overeenkomst expliciet vermeldt. Door aansluiting te zoeken bij Resolutie Conf. 10.7 bij de CITES-overeenkomst voor de invulling van het begrip "andere bevredigende oplossing" is de staatssecretaris het juridische kader van de Basisverordening als zodanig niet te buiten gegaan. Voor het oordeel dat dit leidt tot een extensieve, bij de totstandkoming nooit aan de orde geweest zijnde, uitbreiding van de derogatiemogelijkheid van artikel 16, eerste lid, van de Habitatrichtlijn, omdat hiermee afbreuk wordt gedaan aan het voortbestaan van de orka's in hun natuurlijke verspreidingsgebied, ziet de Afdeling geen grond. Daartoe overweegt de Afdeling dat, zoals Dolphinmotion en Sea First voorts met juistheid hebben aangevoerd, ook bij het door de staatssecretaris geschetste toetsingskader dient te worden beoordeeld of geen afbreuk wordt gedaan aan het streven de populaties van de betrokken diersoort in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding te laten voortbestaan. De Afdeling overweegt dat zij voor het stellen van prejudiciële vragen over de uitleg van de term "andere bevredigende oplossing", zoals Dolphinmotion en Sea First de Afdeling in overweging hebben gegeven, geen aanleiding ziet omdat het Hof van Justitie deze term in de arresten van 12 december 1996, C-10/96, VZW Koninklijk Belgisch verbond voor bescherming van de vogels, en 14 juni 2007, C-342/05, Commissie/Finland (www.curia.europa.eu), reeds heeft verduidelijkt en het betoog aldus kan worden beoordeeld op rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 1982, C-283/81, Cilfit, punten 13 en 14; www.curia.europa.eu).

Ook dit betoog faalt.

8.3. Voor het oordeel dat de rechtbank heeft miskend dat ook bij Resolutie Conf. 10.7 de vraag van belang is of afbreuk wordt gedaan aan het behoud van de soort, ziet de Afdeling evenmin grond, nu in de aangevallen uitspraak een dergelijke beoordeling is vervat.

De Afdeling is voorts met de rechtbank van oordeel dat de afwijking van het verbod om orka's te houden in het geval van Morgan geen afbreuk doet aan het voortbestaan van de orka's in hun natuurlijke verspreidingsgebied. Daartoe heeft de rechtbank terecht overwogen dat Morgan, naar tussen partijen niet in geschil is, zich niet meer bij haar familie bevond toen zij werd aangetroffen in de Waddenzee, er slecht aan toe was en naar alle waarschijnlijkheid zou zijn overleden als niet was ingegrepen. Voor zover het voortbestaan van de populatie van haring etende orka's in de Noordelijke Atlantische Oceaan werd bedreigd, deed deze bedreiging zich dus al eerder voor dan op het moment van menselijk ingrijpen bij Morgan. De rechtbank heeft voorts terecht in aanmerking genomen dat bovendien geen van de partijen uitgaat van een gegarandeerd geslaagde herintroductie van Morgan in de vrije zee. De door Dolphinmotion en Sea First naar voren gebrachte stelling dat de wetenschappelijke data die bij de uitvoering van het Morgan Release Plan zullen worden verzameld een aanmerkelijk grotere bijdrage aan het behoud van de soort zullen leveren, dan het

wetenschappelijke onderzoek dat in de zeer beperkte setting van het Loro Parque zal worden verricht, kan, wat verder van de juistheid van deze stelling zij, niet leiden tot een ander oordeel. De vraag welke optie een grotere bijdrage aan het behoud van de soort zal leveren, ligt thans niet ter beoordeling voor. Dat de ene optie eventueel een grotere bijdrage aan het behoud van de soort zal leveren, betekent niet dat de andere optie afbreuk zal doen aan de gunstige staat van instandhouding van de orka.

Het betoog faalt.

8.4. Voor het oordeel dat de vraag of er een andere bevredigende oplossing bestaat in het kader van de afgifte van het EG-certificaat niet ter beoordeling voorligt, zoals de staatssecretaris in hoger beroep heeft gesteld, ziet de Afdeling geen grond. In de zinsnede "in overeenstemming met de voorschriften van andere Gemeenschapswetgeving betreffende instandhouding van wilde fauna en flora" in artikel 8, derde lid, aanhef en onder g, van de Basisverordening ligt onder meer de toets aan het bepaalde in artikel 16, eerste lid, van de Habitatrichtlijn en aldus artikel 75, vijfde en zesde lid, van de Ffw besloten.

8.5. Zoals volgt uit hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 4 april 2012 in zaak nr. 201107810/1/H1; www.raadvanstate.nl) heeft de staatssecretaris bij de beantwoording van de vraag of er een andere bevredigende oplossing bestaat als bedoeld in artikel 75, zesde lid, van de Ffw, beoordelingsvrijheid.

De rechtbank heeft overwogen dat de staatssecretaris op grond van het door zeven deskundigen opgestelde rapport van 14 november 2010 en alle door de stichtingen ingebrachte rapportages heeft geconcludeerd dat terugkeer van Morgan naar zee geen reële mogelijkheid is, aangezien zij dan geen redelijke overlevingskans heeft. Hierbij heeft de staatssecretaris van belang geacht dat de familiegroep van Morgan niet is getraceerd, ze behoort tot een orkasoot met een strikt sociale structuur en het een jong dier is waarvan niet met zekerheid kan worden gesteld dat ze in haar eigen voedselbehoefte kan voorzien. In de door de stichtingen overgelegde rapporten heeft de staatssecretaris geen aanleiding gezien om aan te nemen dat het rapport van het Dolfinarium van 14 november 2010 onjuist is of onzorgvuldig tot stand is gekomen. De staatssecretaris heeft gemotiveerd weergegeven dat het terugplaatsen van Morgan in de vrije natuur niet tot de mogelijkheden behoort en heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat de door de stichtingen ingebrachte rapporten niet afdoen aan de conclusies in het rapport van het Dolfinarium. Daarbij acht de Afdeling van belang dat het Morgan Release Plan geen motivering bevat van het standpunt dat Morgan geschikt is om in de natuur te worden teruggebracht. Het houdt alleen een stappenplan in dat zou kunnen resulteren in terugplaatsing in de vrije natuur.

Dat de meerderheid van de deskundigen zich na kennisneming van het Morgan Release Plan op het standpunt heeft gesteld dat ook wanneer de uiteindelijke vrijlating van Morgan in haar natuurlijke habitat niet geheel haalbaar zou zijn, het plaatsen van Morgan in een seapenn in haar natuurlijke omgeving in Noorwegen, hetgeen onderdeel uitmaakt van het Morgan Release Plan, in ieder geval op wetenschappelijke en humanitaire gronden een meer bevredigende oplossing zou zijn dan vervoeren naar het

Loro Parque, maakt dat niet anders. De daartoe door de deskundigen nadien ingebrachte verklaringen doen als zodanig immers geen afbreuk aan de conclusies van het rapport van het Dolfinarium. De rechtbank heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat Loro Parque een dierentuin is in de zin van de Dierentuinrichtlijn, die zich ook dient te houden aan de in die richtlijn geformuleerde voorwaarden die ook het welzijn van het gevangen dier dienen. Gelet daarop bestaat op voorhand geen grond om aan te nemen dat het welzijn van Morgan niet kan zijn gediend met een verblijf in Loro Parque. Voorts heeft de rechtbank evenzeer terecht overwogen dat met de door de stichtingen voorgestane mogelijkheid van geleidelijke herintroductie in zee niet vaststaat dat het welzijn van Morgan daarmee is gediend. Ook in het Morgan Release Plan wordt de mogelijkheid opgehouden dat een herintroductie van Morgan uiteindelijk niet zal kunnen slagen.

De Afdeling is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de staatssecretaris het terugplaatsen van Morgan al dan niet door middel van het Morgan Release Plan in dit geval terecht niet heeft aangemerkt als andere bevredigende oplossing. De rechtbank heeft weliswaar terecht geoordeeld dat de staatssecretaris in redelijkheid kon kiezen voor de optie van vervoer naar Loro Parque, maar in dat verband ten onrechte overwogen dat niet eenduidig en met zekerheid kan worden vastgesteld wat de meest bevredigende oplossing is in het geval van Morgan. Niet kan worden gezegd dat in het geval van Morgan een voldoende realistisch, bevredigend alternatief bestaat.

De staatssecretaris mocht in beginsel dan ook een EG-certificaat afgeven voor het vervoer van Morgan. De rechtbank heeft terecht geen grond gezien voor het oordeel dat dit in strijd is met de Ffw, zoals Dolphinmotion en Sea First hebben gesteld.

Het betoog faalt evenzeer.

8.6. De rechtbank heeft met juistheid vastgesteld dat 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.". Dat in de aanvraag is gesteld dat het belang is gelegen in het doen van wetenschappelijk onderzoek en in het bij het EG-certificaat behorende besluit van 27 juli 2011 is gesteld dat het EG-certificaat wordt verleend, met als voorwaarde dat Morgan zal worden gehouden voor wetenschappelijk onderzoek, maakt dat niet anders. Daartoe overweegt de Afdeling dat de aanvraag is gedaan op grond van artikel 8, derde lid, aanhef en onder g, van de Basisverordening, waarin zowel onderzoek als onderwijs wordt vermeld. Voorts heeft de staatssecretaris zich in het besluit op bezwaar gemotiveerd op het standpunt gesteld dat Morgan wordt overgedragen aan Loro Parque om bij te dragen aan wetenschappelijk onderzoek en onderwijs met het oog op de bescherming of instandhouding van de soort.

De rechtbank heeft voorts terecht geoordeeld dat de educatieve functie van Loro Parque een gegeven is, nu Loro Parque onbetwist een dierentuin is in de zin van de Dierentuinrichtlijn. Voor het oordeel dat, zoals Dolphinmotion en Sea First hebben betoogd, de feitelijke invulling daarvan door Loro Parque bij de beoordeling had moeten worden betrokken, ziet de

Afdeling net als de rechtbank geen grond. De rechtbank heeft daarbij terecht de inhoud van artikel 3 van de Dierentuinrichtlijn van belang geacht. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat dierentuinen de voorlichting en bewustmaking van het publiek tot taak hebben, hetgeen een vorm van onderwijs is.

Voorts heeft de rechtbank op grond van enkele voorbeelden van onderzoeken die zijn verricht bij Loro Parque en twee projectvoorstellen met betrekking tot te verrichten wetenschappelijke onderzoeken terecht geen aanleiding gezien om aan te nemen dat er in zijn geheel geen onderzoek plaatsvindt in Loro Parque. De staatssecretaris heeft zich verder overeenkomstig artikel 59, derde lid, van de Uitvoeringsverordening, gebaseerd op het oordeel van de Spaanse CITES Management Autoriteit. Door de Spaanse wetenschappelijke autoriteit is bevestigd dat Loro Parque deelneemt aan wetenschappelijk onderzoek dat bijdraagt aan het instandhouden van deze soort. Hetgeen hiertegen is ingebracht levert geen grond op voor het oordeel dat de staatssecretaris hierop niet heeft mogen afgaan. De door Dolphinmotion en Sea First ingebrachte stelling dat de in Loro Parque uit te voeren onderzoeken elke wetenschappelijke waarde ontberen kan derhalve niet slagen. De Afdeling acht in dit verband verder van belang het bepaalde in de artikelen 1 en 3 van de Dierentuinrichtlijn, waarnaar de rechtbank in dit verband verder heeft verwezen. Artikel 3 van de richtlijn 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. Uit artikel 1 van de Dierentuinrichtlijn volgt verder dat dierentuinen uitdrukkelijk een rol hebben te vervullen bij het behoud van de biologische diversiteit.

Artikel 8, derde lid, aanhef en onder g, van de Basisverordening stelt, anders dan Dolphinmotion en Sea First stellen, niet 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 niet af aan het feit dat Loro Parque aan onderzoek en onderwijs doet, zoals hiervoor is overwogen. De betrokken regelgeving biedt geen grond voor het oordeel dat het doel van het overbrengen van Morgan naar Loro Parque moet zijn gericht op het doen van een specifiek gericht onderzoek.

De rechtbank heeft evenzeer terecht overwogen dat aan de voorwaarden met betrekking tot onderwijs en onderzoek dat de bescherming of de instandhouding van de soort op het oog heeft is voldaan.

De Afdeling ziet voorts met de rechtbank geen grond voor het oordeel dat Loro Parque overigens ongeschikt zou zijn voor Morgan. De rechtbank heeft daarbij terecht in aanmerking genomen dat de staatssecretaris bij het aanwijzen van Loro Parque als geschikte plek voor Morgan destijds 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 dat zich geen onregelmatigheden hebben voorgedaan met betrekking tot Loro Parque. Op voorhand is niet gebleken dat het welzijn van Morgan met verblijf in Loro Parque niet is gediend. Zoals de rechtbank terecht heeft vastgesteld volgt uit de Dierentuinrichtlijn dat verblijf in een dierentuin het welzijn van een dier niet uitsluit. Ook bestaan

op basis van het Europese Unierecht, waaronder de Dierentuinrichtlijn, rechtens afdwingbare waarborgen voor het welzijn van Morgan. Het betoog van Dolphinmotion en Sea First dat Morgan in Loro Parque niet goed wordt behandeld en haar gezondheid slecht is als gevolg van haar verblijf daar, hetgeen overigens uitvoerig is weersproken door onder meer Van Elk, dierenarts van het Dolfinarium, en Almunia, als deskundige verbonden aan het Loro Parque, overweegt de Afdeling, dat de huidige gezondheid van Morgan thans niet ter beoordeling voorligt. Dolphinmotion en Sea First kunnen, voor zover zij menen dat Loro Parque niet aan de hiervoor genoemde waarborgen voldoet, een procedure in Spanje starten. De rechtbank heeft in dat verband terecht overwogen dat gesteld noch gebleken is dat de Spaanse overheid dergelijke regelgeving niet zou handhaven. Het betoog faalt.

8.7. Voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte de inhoudelijke beoordeling van het geschil betreffende het handhavingsverzoek achterwege heeft gelaten, ziet de Afdeling evenmin grond. De rechtbank heeft geoordeeld dat, gelet op al hetgeen zij heeft overwogen, het Dolfinarium door Morgan niet uit te laten zetten in zee geen overtreding heeft begaan, en aldus de staatssecretaris terecht geen aanleiding heeft gezien destijds handhavend tegen het Dolfinarium op te treden. Niet kan worden gesteld dat de rechtbank hiermee een inhoudelijke beoordeling ter zake achterwege heeft gelaten.

Ten tijde van belang beschikte het Dolfinarium over een ontheffing van het verbod voor het doden, verwonden, vangen, bemachtigen of met het oog daarop opsporen, opzettelijk verontrusten, vervoeren, binnen of buiten grondgebied van Nederland brengen en het onder zich hebben van exemplaren van walvisachtigen voor onderzoek en bescherming van flora en fauna, te weten opvang, revalidatie en het terugzetten in de vrije natuur. Het Dolfinarium mocht op grond van die ontheffing Morgan opvangen en verzorgen, met het doel haar later weer vrij te laten. Als vrijlaten niet mogelijk is, mocht zij dergelijke dieren op grond van de ontheffing permanent onder zich houden voor het doen van wetenschappelijk onderzoek dat relevant is in het kader van door de Habitatrictlijn, de Conventie van Bern en ASCOBANS opgelegde verplichtingen.

Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, heeft het Dolfinarium door Morgan niet te laten terugkeren naar zee niet in strijd gehandeld met de ontheffing en heeft de staatssecretaris terecht geen aanleiding gezien ten tijde van belang handhavend tegen het Dolfinarium op te treden.

Ook dit betoog faalt.

9. Het hoger beroep is, gelet op overweging 2.3., gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover het beroep gericht tegen het besluit van 12 oktober 2011 waarbij de verlening van een EG-certificaat is gehandhaafd ongegrond is verklaard. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen zal de Afdeling het bij de rechtbank ingestelde beroep gericht tegen dat besluit alsnog gegrond verklaren, dat besluit vernietigen voor zover daarin geen beslissing is genomen op het verzoek om vergoeding van de proceskosten in bezwaar, dat verzoek afwijzen en bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit

voor zover dat is vernietigd. Voor het overige dient de aangevallen uitspraak, gelet op overweging 8.5. met verbetering van de gronden waarop deze rust, te worden bevestigd, voor zover aangevallen.

10. De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 13 december 2012 in zaken nrs. 11/5030 en 11/5031, voor zover het beroep gericht tegen het besluit van 12 oktober 2011 waarbij de verlening van een EG-certificaat is gehandhaafd, kenmerk DRR&R/2011/6052 469-7857, ongegrond is verklaard;
- III. verklaart het bij de rechtbank tegen dat besluit ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt dat besluit voor zover daarin geen beslissing is genomen op het verzoek om vergoeding van de proceskosten in bezwaar;
- V. wijst dat verzoek af;
- VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 12 oktober 2011 waarbij de verlening van een EG-certificaat is gehandhaafd, kenmerk DRR&R/2011/6052 469-7857, voor zover dat is vernietigd;
- VII. bevestigt de uitspraak van de rechtbank voor het overige voor zover aangevallen;
- VIII. veroordeelt de staatssecretaris van Economische Zaken tot vergoeding van bij de stichting Stichting Dolphinmotion en de stichting Stichting Sea First in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 974,00 (zegge: negenhonderdvierenzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- IX. gelast dat de staatssecretaris van Economische Zaken aan de stichting Stichting Dolphinmotion en de stichting Stichting Sea First het door hen betaalde griffierecht ten bedrage van € 466,00 (zegge: vierhonderdzesenzestig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. C.H.M. van Altena, voorzitter, en mr. A. Hammerstein en mr. G.M.H. Hoogvliet, leden, in tegenwoordigheid van mr. B. Nell, ambtenaar van staat.

w.g. Van Altena
voorzitter

w.g. Nell
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 23 april 2014

597.

Verzonden: 23 april 2014

Voor eensluidend afschrift,
de secretaris van de Raad van State,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' shape with a horizontal line across the middle and a vertical line extending upwards from the center. The signature is written over a faint, horizontal oval shape.

mr. H.H.C. Visser