

ECLI:NL:RBMNE:2017:2871

Instantie	Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak	14-06-2017
Datum publicatie	15-06-2017
Zaaknummer	C/16/404964 / HA ZA 15-953
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Vergunning verleend voor de bouw van 9 windturbines bij Delta Park 'Neeltje Jans'. Verbod gevraagd voor de bouw van windturbines 8 en 9, omdat de realisatie en exploitatie van het windpark onrechtmatig is vanwege de onrechtmatige hinder, gevaarzetting en een onaanvaardbare belemmering van de bedrijfsvoering, waardoor schade wordt geleden. Grensvlak bestuursrecht en civiel recht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht

handelskamer

locatie Utrecht

zaaknummer / rolnummer: C/16/404964 / HA ZA 15-953

Vonnis van 14 juni 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DELTA PARK NEELTJE JANS B.V.,

gevestigd te Veere,
eiseres,
advocaat mr. S.J. van Leeuwen te Utrecht,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

WINDPARK OSK B.V.,

gevestigd te Bunnik,
gedaagde,
advocaat mr. J.H.M. Berenschot te Apeldoorn.

Partijen zullen hierna Delta Park Neeltje Jans en Windpark OSK genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 8 juni 2016
- de door Windpark OSK bij brief van 11 oktober 2016 ingediende producties 10 tot en met 20
- de akte inbreng producties tevens houdende akte wijziging van eis van Delta Park Neeltje Jans
- de antwoordakte tevens akte houdende overlegging producties van Windpark OSK
- het proces-verbaal van comparitie van 25 oktober 2016
- de door Windpark OSK bij brief van 25 oktober 2016 overgelegde producties 26 tot en met 28e
- de door Windpark OSK bij brief van 9 november 2016 overgelegde productie 28f
- de akte uitlating na comparitie tevens akte inbreng producties van Delta Park Neeltje Jans
- de antwoordakte na comparitie tevens akte houdende overlegging producties van Windpark OSK.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Delta Park Neeltje Jans is de exploitant van het themapark 'Delta Park Neeltje Jans', gelegen op het werkeiland 'Neeltje Jans' in de Oosterschelde. Delta Park Neeltje Jans verricht daarbij alle activiteiten die daarmee verband houden of in het kader daarvan bevorderlijk zijn voor de ontwikkeling van het themapark.

Het werkeiland 'Neeltje Jans' is eigendom van de Staat en wordt exclusief door Delta Park Neeltje Jans gebruikt op basis van huur-, erfpacht- en gebruiksrechten. Verder maakt 'Neeltje Jans' onderdeel uit van een natuurgebied dat behoort tot het Europese Netwerk van natuurgebieden ('Natura 2000').

2.2. Bij besluit van 1 november 2011 heeft het college van gedeputeerde staten van Zeeland een vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 aan Windpark OSK verleend. Deze vergunning ziet op de bouw en exploitatie van 9 windturbines op de dam-men van de Bouwdokken Neeltje Jans. Voorts heeft het college van gedeputeerde staten van Zeeland op 1

november 2011 aan Windpark OSK een vergunning verleend voor de aanleg en het onderhoud van een 150 kV elektriciteitskabel door het Natura 2000-gebied Ooster-schelde.

De tegen deze besluiten door Delta Park Neeltje Jans ingestelde beroepen zijn door de Af-deling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) bij uitspraak van 13 juni 2012 ongegrond verklaard.

- 2.3. Bij besluit van 10 november 2011 heeft de raad van de gemeente Veere het bestemmingsplan 'Neeltje Jans' vastgesteld. Dit bestemmingsplan voorziet (onder meer) in het realiseren van maximaal 9 nieuwe windturbines met een maximale masthoogte van 120 meter op de dammen van de bouwdokken, die zijn gelegen aan de oostelijke zijde van het (voormalig) werkeiland 'Neeltje Jans'.

Tegen dit besluit heeft Delta Park Neeltje Jans beroep ingesteld bij de ABRvS.

- 2.4. Op 16 mei 2012 heeft de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (hierna: StAB) op verzoek van de voorzitter van de ABRvS de gevolgen van de onderhavige windturbines beschreven voor wat betreft de aspecten geluidhinder, cumulatie, ijsafzetting, slagschaduw, elektromagnetisch veld, trillingshinder, externe veiligheid (Bevi/Revi) en waterhuishouding.

- 2.5. Nadat ingevolge de tussenuitspraak van de ABRvS van 21 november 2012 de elektronische verbeelding van het plan in overeenstemming was gebracht met het vast-stellingsbesluit van 10 november 2011 heeft de ABRvS het beroep tegen het aldus aangepaste bestemmingsplan in haar uitspraak van 27 februari 2013 ongegrond verklaard.

- 2.6. Bij besluit van 26 maart 2013 heeft de minister van Infrastructuur en Milieu aan Windpark OSK de vergunning als bedoeld in artikel 6.5, onder c Waterwet, artikel 6.14 Waterbesluit verleend ten behoeve van het gebruikmaken van het rijkswaterstaatswerk Oosterscheldekering door, anders dan in overeenstemming met de functie, een windmolen-park op te richten en te behouden.

Het hiertegen ingestelde beroep is door de rechtbank Zeeland-West-Brabant bij uitspraak van 5 december 2013 ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 25 juni 2014 heeft de ABRvS het door Delta Park Neeltje Jans ingestelde hoger beroep ongegrond verklaard en de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant bevestigd.

- 2.7. Bij besluit van 7 mei 2013 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Veere de door Windpark OSK aangevraagde omgevingsvergunning voor het bouwen van 9 windturbines en het oprichten en in werking hebben van een windpark met 9 windturbines met bijbehorend transformatorstation op de locatie 'Neeltje Jans' te Vrouwen-polder verleend.

Bij uitspraak van 5 december 2013 heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant het daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 25 juni 2014 heeft de ABRvS het door Delta Park Neeltje Jans ingestelde hoger beroep ongegrond verklaard en de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant bevestigd.

- 2.8. Nadat het bestemmingsplan 'Neeltje Jans' onherroepelijk was geworden, heeft Windpark OSK de Staat benaderd met het verzoek om de 9 windturbines te mogen realiseren. In reactie daarop heeft de Staat aan Windpark OSK meegedeeld alleen privaatrechtelijke toestemming te verlenen wanneer Windpark OSK aan een aantal voorwaarden heeft voldaan en wanneer zij voldoende rekening houdt met de belangen van de andere gebruikers van het voormalig werkeiland.

Delta Park Neeltje Jans is één van die gebruikers, nu zij drie erfpachtovereenkomsten, twee huurovereenkomsten en vier gebruiksovereenkomsten met de Staat heeft gesloten ter zake het themapark.

- 2.9. Bij brief van 1 december 2014 heeft (de gemachtigde van) Delta Park Neeltje Jans aan Windpark

OSK verzocht om niet over te gaan tot het realiseren van de windturbines binnen en in de directe nabijheid van het themapark, waarbij zij heeft opgemerkt dat zij er alles aan zal doen om te voorkomen dat de exploitatie van het park wordt geraakt. Verder heeft Delta Park Neeltje Jans aan Windpark OSK de vraag gesteld of zij bereid is om haar plannen in overleg met Delta Park Neeltje Jans aan te passen.

2.10. Bij brief van 5 december 2014 heeft (de gemachtigde van) Windpark OSK aan Delta Park Neeltje Jans meegedeeld dat Windpark OSK niet zal afzien van de realisatie van het vergunde windpark.

2.11. Bij brief van 3 februari 2015 heeft Delta Park Neeltje Jans haar standpunt herhaald en aangegeven dat zij zich (ook privaatrechtelijk) zal blijven verzetten tegen de beoogde realisatie en aanwezigheid van de windturbines.

2.12. Bij brief van 28 juli 2015 heeft Delta Park Neeltje Jans aan Windpark OSK verzocht om schriftelijk uiteen te zetten wanneer Windpark OSK wil beginnen met de bouw van de windturbines en hoe zij die realisatie denkt te bewerkstelligen. Voorts heeft Delta Park Neeltje Jans het volgende gesteld:

“Daarnaast verzoekt Neeltje Jans OSK schriftelijk te bevestigen dat de voorgenomen windturbines worden voorzien van een automatische stilstandvoorziening om slagschaduw te voorkomen (hetgeen uitgangspunt is geweest in het kader van de verlening van de omgevingsvergunning d.d. 7 mei 2013) en dat voorgenomen windturbine nr. 9 zal worden uitgerust met een technische voorziening waardoor bij het uitschakelen van die windturbine vanwege ijsafzetting de rotor automatisch in een vooraf ingestelde richting kan worden weggedraaid (zodat de stilstaande rotorbladen niet boven het themapark zullen hangen), hetgeen door OSK is medegedeeld tijdens de zitting d.d. 4 september 2012 bij de Afdeling

bestuursrechtspraak van de Raad van State (zie r.o. 7.6.4 van de uitspraak van de Afdeling d.d. 21 november 2012; zaaknr. 201201470/1/R2).

Indien voormschreven voorzieningen worden toegepast, zullen de windturbines bij het in werking zijn onverminderd hinder veroorzaken aan Neeltje Jans, haar medewerkers en haar bezoekers. De windturbines zullen immers rumoer en ongemak (slagschaduw) veroorzaken, licht wegnemen, visuele hinder veroorzaken, een gevoel van onveiligheid en onbehaaglijkheid creëren voor de bezoekers en de medewerkers van het themapark en ertoe leiden dat de algehele kwaliteitsbeleving van het themapark ernstig wordt aangetast. Als gevolg daarvan daalt de kans op repeterend bezoek en voorts zal de aantasting van de kwaliteitsbeleving leiden tot negatieve reclame omtrent het themapark. Daarnaast is Neeltje Jans beducht voor (mogelijk) gevaar en/of ongevallen waarbij haar bezoekers zijn betrokken, bijvoorbeeld door ijsvorming op de windturbines, dode vogels of blikseminslag.

Om die reden verzoekt Neeltje Jans OSK tevens schriftelijk te bevestigen dat windturbines 8 en 9 niet in bedrijf zullen zijn gedurende op momenten dat het park is geopend voor personeel en/of bezoekers, zulks ter voorkoming van hinder en gevaar tijdens Neeltje Jans, haar medewerkers en haar bezoekers.

Indien Neeltje Jans niet binnen vier weken na heden een schriftelijke reactie ontvangt waaruit genoegzaam kan worden afgeleid dat aan bovenvermelde bezwaren c.q. verzoeken wordt tegemoet gekomen, zal Neeltje Jans er van uitgaan dat OSK niet bereid is nadere informatie te verstrekken en de gevraagde bevestigingen te verstrekken. Dit zal dan worden meegenomen in de uit te brengen dagvaarding.”

2.13. Bij brief van 25 augustus 2015 heeft Windpark OSK aan Delta Park Neeltje Jans meegedeeld dat zij zich steeds zodanig heeft opgesteld dat er ten aanzien van de bouw en de exploitatie van het windpark aan alle eisen van de wet wordt voldaan, met als gevolg dat alle benodigde vergunningen en ontheffingen zijn verstrekt en in bestuursrechtelijke procedures onverkort zijn

bevestigd. Verder zijn er vele besprekingen met Delta Park Neeltje Jans gevoerd om haar tegemoet te komen, teneinde de eventuele hinder tot het minimale te beperken. Voorts heeft Windpark OSK het volgende gesteld:

“OSK biedt hierbij aan opnieuw met DPNJ in overleg te treden om zo samen te bezien op welke wijze tijdens de bouw zoveel mogelijk rekening gehouden kan worden met de belangen van DPNJ, op voorwaarde dat DPNJ schriftelijk bevestigt de besluiten van bovengenoemde bevoegde gezagen en uitspraken van bestuursrechters te erkennen en aan te geven deze te zullen respecteren. OSK is in dat geval gaarne bereid opnieuw met DPNJ te praten over de wijze van uitvoering van haar vergunningen en ontheffingen, met als uitdrukkelijk doel de hinder voor DPNJ zo veel mogelijk te beperken.

Let wel: bij OSK bestaat het idee dat DPNJ zich nimmer wenst neer te leggen bij de bouw en aanleg van de windturbines, welke informatie OSK ook overlegt, hoéveél OSK ook zal doen om eventuele hinder te beperken. Als DPNJ dat inderdaad als doel heeft en blijft hebben dan hebben informatieverstrekking en/of nader overleg in deze fase van het proces naar de stellige overtuiging van OSK geen enkele zin.”

- 2.14. Bij e-mailbericht van 9 september 2015 heeft de gemachtigde van Delta Park Neeltje Jans aan de gemachtigde van Windpark OSK meegedeeld dat Delta Park Neeltje Jans 'die bevestiging uiteraard niet zal geven' en dat zij zich juist zal verzetten tegen de komst, met name tegen twee specifieke windmolens (die op haar park en die nabij het parkeerterrein).

3 De vordering en het verweer

- 3.1. Na wijziging van eis vordert Delta Park Neeltje Jans bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, primair:

I. Windpark OSK te verbieden windturbine 8 en 9 te bouwen en exploiteren, althans de werkzaamheden dienaangaande te staken en gestaakt te houden en het gerealiseerde af te breken, zulks op straffe van een onmiddellijk opeisbare en niet voor verrekening vatbare dwangsom van € 25.000,00 exclusief BTW per kalenderdag, voor iedere dag dat Windpark OSK niet aan het vonnis voldoet tot een maximum van € 5.000.000,00 exclusief BTW, dan wel een door de rechtbank te bepalen bedrag.

subsidiar:

II. Windpark OSK te verbieden windturbine 8 en 9 in bedrijf te hebben gedurende de openingstijden van het themapark, zulks op straffe van een onmiddellijk opeisbare en niet voor verrekening vatbare dwangsom van € 25.000,00 exclusief BTW per kalenderdag, voor iedere dag dat Windpark OSK niet aan het vonnis voldoet tot een maximum van € 5.000.000,00 exclusief BTW, dan wel een door de rechtbank te bepalen bedrag.

III. Windpark OSK te veroordelen tot vergoeding aan Delta Park Neeltje Jans van alle schade, als nader op te maken bij staat, die Delta Park Neeltje Jans als gevolg van de realisatie en exploitatie van windturbine 8 en 9 - waaronder tevens begrepen de bouwwerkzaamheden voor het oprichten daarvan - lijdt en zal lijden, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente.

primair en subsidiar:

IV. Windpark OSK te veroordelen tot betaling aan Delta Park Neeltje Jans van de proceskosten een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten.

- 3.2. Ter onderbouwing van haar vordering heeft Delta Park Neeltje Jans - samengevat - gesteld dat de realisatie en exploitatie van het windpark jegens haar onrechtmatig is, omdat er sprake zal zijn van onrechtmatige hinder en gevaarstelling en omdat haar bedrijfsvoering op onaanvaardbare wijze zal worden belemmerd en zij in haar uitbreidingsmogelijkheden wordt beperkt. Zij stelt

daarom dat zij schade zal lijden indien windturbine 8 en 9 daad-werkelijk worden gerealiseerd, waaronder zij ook zogenoemde realisatieschade rekent.

Zij voert daartoe aan dat de windturbines (8 en 9) rumoer, geluidshinder en slagschaduw zullen veroorzaken, licht wegnemen en visuele hinder veroorzaken, als ook (een gevoel van) onveiligheid, intimidatie en onbehaaglijkheid creëren, met effecten van dien op de bezoekersaantallen, verblijfsduur in het park en bestedingen aldaar. Daarnaast stelt Delta Park Neeltje Jans dat sprake is van mogelijk gevaar voor bezoekers en medewerkers, ten gevolge van brand, mastbreuk, breuk van rotorblad of gondel en ijsafwerping. Ter onderbouwing van dit en ander heeft Delta Park Neeltje Jans onder meer verwezen naar het rapport van [adviesbureau] B.V. uit juli 2011.

Delta Park Neeltje Jans heeft voorts gesteld dat het gegeven dat Windpark OSK beschikt over alle bestuursrechtelijke toestemmingen en vergunningen niet betekent dat Windpark OSK daarmee is ontslagen van haar privaatrechtelijke verplichtingen jegens Delta Park Neeltje Jans en/of dat Windpark OSK zou zijn gevrijwaard van een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

3.3. Windpark OSK voert gemotiveerd verweer. Zij betoogt daartoe dat zij beschikt over alle benodigde vergunningen, waartegen Delta Park Neeltje Jans telkens tot in hoogste bestuursrechtelijke instantie - vergeefs - is opgekomen. Voor het windmolenpark is bovendien een speciaal daarvoor opgesteld bestemmingsplan vastgesteld, waarin veel van de belangen waarin Delta Park Neeltje Jans vraagt te worden beschermd, zijn meegewogen. Er zijn een uitgebreide ruimtelijke onderbouwing inclusief een Milieueffectrapport en verschillende rapportages en adviezen (waaronder van de StAB) ten behoeve van (de bestuursrechtelijke toetsing van) het bestemmingsplan opgesteld. Daaruit blijkt dat het windmolenpark voldoet aan de wettelijke normen. In de bestuursrechtelijke procedures zijn alle argumenten waarop Delta Park Neeltje Jans thans een beroep doet al aan de orde gekomen en door de bestuursrechter getoetst. Windpark OSK wijst er op dat deze civiele procedure niet is bedoeld om de bestuursrechtelijke toetsing over te doen of om argumenten aan te vullen die in die procedures thuis hadden gehoord. Daarom geldt volgens Windpark OSK dat er van moet worden uitgegaan dat het gebruik maken van de vergunningen rechtmatig is. Bovendien blijkt uit alle onderzoeken, rapporten en rechterlijke oordelen dat er geen sprake is van onrechtmatige hinder of gevaarzetting. Delta Park Neeltje Jans heeft hier onvoldoende tegenonderzoek tegenover gesteld. Voorts neemt Windpark OSK op vele manieren maatregelen waarbij zij rekening houdt met de omgeving en de belangen van Delta Park Neeltje Jans. Dit is ook aan Delta Park Neeltje Jans meegedeeld, aldus Windpark OSK.

Ten aanzien van de windturbines 8 en 9 heeft Windpark OSK gesteld dat deze niet op percelen gerealiseerd zullen worden waarop Delta Park Neeltje Jans exclusieve rechten heeft en ook de rotorbladen draaien niet boven gronden die Delta Park Neeltje Jans in gebruik heeft. Hierbij geldt voorts dat voldaan wordt aan de eisen die het Besluit Algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (hierna: het Barim of het Activiteitenbesluit) stelt.

Onder verwijzing naar het rapport van DNV-GL heeft Windpark OSK ten slotte gesteld dat ook de eventuele restricties, die niet zijn meegenomen in de bestemmingsplanprocedure, binnen de wettelijke normen liggen en als aanvaardbaar moeten worden bestempeld.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatige hinder dient in zijn algemeenheid als uitgangspunt te gelden dat dit afhangt van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die

door de hinder toebrengende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid - mede gelet op de daaraan verbonden kosten - en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te treffen.

4.2. In het geval van het door Windpark OSK op te richten windmolenpark staat vast dat Windpark OSK beschikt over alle daartoe benodigde bestuursrechtelijke vergunningen, waaronder in het bijzonder een onherroepelijke omgevingsvergunning voor het bouwen van de turbines en voor de milieurechtelijke aspecten van de oprichting en instandhouding van de inrichting (het windpark). De omgevingsvergunning is afgegeven (mede) op basis en binnen de kaders van een eveneens onherroepelijk bestemmingsplan ("Neeltje Jans"), dat speciaal voor deze ontwikkeling is ontworpen. Het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning hebben formele rechtskracht gekregen. Dat betekent dat beide besluiten zowel voor wat betreft de wijze van totstandkoming als voor wat betreft de inhoud daarvan door de civiele rechter voor rechtmatig worden gehouden. Geschilpunten over de vraag of het bouwplan van Windpark OSK voldoet aan de daarvoor geldende omgevingsrechtelijke normen dienen door de bestuursrechter te worden beslecht. Belangen van derde-belanghebbenden (zoals die van Delta Park Neeltje Jans) die bij die besluitvorming een rol spelen, dienen in die bestuursrechtelijke rechtsgang te worden ingebracht en meegewogen, daar waar de betreffende besluitvorming voor een dergelijke belangenafweging ruimte laat.

De rechtmatigheid van deze besluiten kan in de onderhavige procedure niet meer ter discussie worden gesteld, ook niet met argumenten die in de bestuursrechtelijke procedures wel thuishoorden maar daar - om welke reden dan ook - niet aan de orde zijn geweest.

4.3. Windpark OSK mag er in beginsel van uit gaan dat zij rechtmatig handelt indien zij gebruik maakt van de afgegeven omgevingsvergunning. Een onherroepelijke vergunning vrijwaart echter niet zonder meer tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens derden, wanneer gebruikmaking van die vergunning bij die derde, in dit geval Delta Park Neeltje Jans, tot schade leidt. Of dat het geval is hangt af van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval. Al eerder heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het belang van het voorkomen van onrechtmatige hinder door het gebruik maken van door een bestemmingsplan toegestane bouwmogelijkheden niet een belang is dat door de wettelijke regeling van het bestemmingsplan wordt nagestreefd. Dit neemt echter niet weg dat het bestemmingsplan, afhankelijk van de gedetailleerdheid ervan en van de omvang van het onderzoek dat eraan ten grondslag ligt (waarbij het niet slechts gaat om onderzoek vóór de vaststelling, maar ook om onderzoek en beoordeling in het kader van het beroep daartegen) meer of minder sterke aanwijzingen kan bevatten dat het gebruik maken van de toegestane bouwmogelijkheden naar maatschappelijke opvattingen niet als onrechtmatige hinder is te beschouwen (HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vermeulen/Lekkerkerker) en HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823 ([naam] / [naam])).

De rechtbank zal bij de onderhavige beoordeling daarom het bestemmingsplan "Neeltje Jans" dienen te betrekken.

4.4. Als gezegd is het bestemmingsplan "Neeltje Jans" opgesteld met het oog op het planologisch mogelijk maken van de oprichting van het onderhavige windmolenpark. Aan het bestemmingsplan ligt een uitvoerige ruimtelijke onderbouwing ten grondslag, waaronder ook een milieueffectrapport. De StAB heeft op verzoek van de ABRvS een deskundigenbericht uitgebracht. Aspecten als geluidhinder, slagschaduw, veiligheid en ijsafzetting - aspecten die Delta Park Neeltje Jans in onderhavige procedure opvoert als oorzaken van te verwachten onrechtmatige hinder en gevaarstelling - zijn daarbij betrokken en onderzocht. De ABRvS heeft in geen van deze aspecten grond gezien, ook niet gelet op specifiek op Delta Park Neeltje Jans betrekking hebbende omstandigheden, om het bestemmingsplan niet in stand te laten. Daarbij heeft de ABRvS beroepsgronden van Delta Park Neeltje Jans ten aanzien van afnemende bezoekersaantallen in verband met afnemende belevingswaarde, aantasting van de sfeerbeleving en gevoelens van onveiligheid besproken en verworpen. Het onderzoek naar de rechtmatigheid van het bestemmingsplan (in het verlengde waarvan de omgevingsvergunning voor het bouwen

en de milieutoestemming is afgegeven) heeft zich uitgestrekt over vrijwel alle door Delta Park Neeltje Jans ook in onderhavige procedure aangedragen aspecten.

Aldus heeft als uitgangspunt bij de onderhavige beoordeling voor de rechtbank te gelden dat gebruikmaking van de met dit bestemmingsplan toegestane bouwmogelijkheid, gelet op de mate van toespitsing daarvan op de onderhavige ontwikkeling en de daarbij betrokken belangen van derden waaronder die van Delta Park Neeltje Jans, naar maatschappelijke opvattingen in beginsel niet als onrechtmatige hinder is te beschouwen. Dit kan anders zijn indien de concretisering van het bouwplan ten opzichte van de ruimere mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt, bijvoorbeeld voor wat betreft de precieze locaties en uitvoering van de windmolens, tot een andere conclusie leidt. Ook kan een (dreigende) overtreding van voorschriften van de vergunning of van voor de inrichting geldende algemene regels op grond van bijvoorbeeld het Activiteitenbesluit onrechtmatig zijn jegens Delta Park Neeltje Jans. Het is aan Delta Park Neeltje Jans om dienaangaande concrete feiten en omstandigheden te stellen en bij een betwisting daarvan te bewijzen, die tot de conclusie leiden dat sprake is van onrechtmatige hinder en/of gevaarstelling, waardoor zij schade lijdt.

- 4.5. Tegen deze achtergrond worden hierna de door Delta Park Neeltje Jans opgevoerde omstandigheden besproken.

Geluidhinder

- 4.6. Delta Park Neeltje Jans stelt dat de aard en het niveau van het geluid dat de wind-turbines produceren tot ernstige hinder leidt bij bezoekers en medewerkers van het park. De geluidsnorm voor windturbines die geldt voor gevoelige objecten op grond van het Activiteitenbesluit wordt volgens Delta Park Neeltje Jans ruimschoots overschreden. Weliswaar geldt die norm niet voor het themapark omdat dit geen gevoelig object is in de zin van het Activiteitenbesluit, maar dat doet niet af aan het gegeven dat de vele bezoekers en medewerkers hiervan vanwege de nabijheid van de turbines voortdurend ernstige hinder zullen ondervinden en het achtergrondgeluidniveau dit onvoldoende zal maskeren. Zij betwist de juistheid van door Windpark OSK uitgevoerde geluidsonderzoeken met verwijzing naar een tweetal notities van 6 december 2016 van respectievelijk Arcadis en Peutz.
- 4.7. De ABRvS heeft (in rechtsoverweging 10 van de tussenuitspraak van 21 november 2012) uitvoerig stil gestaan bij de in het kader van de totstandkoming van het bestemmingsplan uitgevoerde geluidsonderzoeken. De ABRvS is tot de conclusie gekomen dat voldoende geluidsonderzoek is gedaan en dat de cumulatieve geluidsbelasting op het themapark niet onaanvaardbaar is uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening.
- Niet in geschil is verder dat het Activiteitenbesluit grens- of richtwaarden hanteert voor de toelaatbaarheid van geluid door een windmolenpark, maar dat deze niet op het themapark van toepassing zijn. De wetgever heeft ervoor gekozen om parken als de onderhavige niet te rekenen tot zogenoemde gevoelige bestemmingen als bedoeld in artikel 1 van de Wet geluidshinder (zoals bijvoorbeeld wel woningen en scholen) die voor bescherming tegen te hoge geluidsniveaus in aanmerking komen. Het betoog van Delta Park Neeltje Jans dat sprake is van onrechtmatige hinder is niettemin geheel gestoeld op een vergelijking van de geluidsbeleving van bezoekers en medewerkers van het themapark met de beleving van hinder door geluid van mensen die in gevoelige bestemmingen verblijven. Die vergelijking gaat mank. Dat de turbines, zeker op winderige dagen, goed hoorbaar zullen zijn op het themapark is tussen partijen buiten twijfel, maar dat de hinderbeleving daarvan vergelijkbaar is met die van mensen in hun woning of kinderen in een school heeft Delta Park Neeltje Jans niet onderbouwd en is niet aannemelijk geworden, nog daargelaten overigens of in dat geval sprake zou zijn van onrechtmatige hinder. Een themapark als het onderhavige is een recreatieve voorziening, bedoeld voor vermaak en relatief kortdurend en incidenteel verblijf. Zowel voor bezoekers als voor medewerkers op zo'n park geldt dat zij zich meer geluidsprikkels moeten en kunnen laten welgevallen dan van mensen in gevoelige bestemmingen kan worden verwacht.

Windpark OSK heeft bovendien met het rapport van LBP|Sight van 15 juni 2016 (Windpark Bouwodokken, Akoestisch onderzoek Neeltje Jans) onderbouwd dat de gemeten geluids-niveaus gedurende openingstijden van het park (geluidsniveau tot circa 52 dB) mede vanwege het achtergrondgeluidniveau niet snel als hinderlijk zullen worden ervaren. Delta Park Neeltje Jans heeft de conclusies van dit rapport onvoldoende weerlegd. Zij heeft volstaan met het plaatsen van enkele kanttekeningen bij de door LBP|Sight verrichte metingen. Zij heeft er geen eigen onderzoek of metingen tegenover gesteld. Dit had voor een onderbouwde betwisting wel in de rede gelegen, mede gelet op het feit dat al in het milieueffectrapport was vermeld dat het geluid van de windturbines zal worden gemaskeerd door het omgevingsgeluid, dat onder andere bestaat uit verkeer op de nabijgelegen rijksweg, het stemgeluid van bezoekers van het themapark, het geluid van de attracties, windgeruis en het geluid van het zeewater in de Oosterscheldekering. Onder verwijzing naar voormeld arrest van de Hoge Raad ([naam] / [naam]) acht de rechtbank voorts van belang dat Windpark OSK onweersproken heeft gesteld dat zij vrij-willig voor diverse mitigerende maatregelen heeft gekozen, waaronder een kleinere geluid-arme turbine met een lager nominaal toerental dan haar op grond van de omgevingsvergunning was toegestaan. Er is dus geen grond voor de conclusie dat vanwege geluid sprake is of zal zijn van onrechtmatige hinder van Windpark OSK jegens Delta Park Neeltje Jans.

Slagschaduw

- 4.8. Ingevolge het Activiteitenbesluit en de daarop berustende uitvoeringsregeling dient een windturbine te zijn uitgerust met een automatische stilstandvoorziening indien slagschaduw optreedt ter plaatse van gevoelige objecten indien de in deze regeling genoemde grenswaarde wordt overschreden. Niet in geschil is dat deze norm niet op het themapark van toepassing is omdat het geen gevoelig object is als bedoeld in de regeling. Evenmin is in geschil dat slagschaduw zal optreden in het park en dat dit ten opzichte van de norm voor gevoelige objecten relatief veel is, zij het deels op momenten gelegen buiten openingstijden of gedurende de wintermaanden waarin het park beperkte openingstijden kent (LBP|Sight, 10 juni 2016).
- 4.9. Delta Park Neeltje Jans betoogt dat deze mate van slagschaduw tot onrechtmatige hinder leidt omdat bezoekers en - vooral - medewerkers zich daaraan niet kunnen onttrekken. De door Delta Park Neeltje Jans gestelde mate van hinder wordt niet onderbouwd door de door haarzelf daartoe overgelegde notities van bureau Peutz van 8 maart 2016 en 6 december 2016. Uit deze notities volgt dat de slagschaduw met name hinderlijk zal zijn voor de medewerkers ter plaatse van het kassa-/entreegebouw. Dit ligt in het verlengde van de conclusies van de StAB in het kader van de bestemmingsplanprocedure, waar Delta Park Neeltje Jans ook naar verwijst. De StAB concludeert dat gedurende de dag verschillende delen van het park in de slagschaduw komen te liggen maar dat deze schaduwen zich verplaatsen waardoor de meeste locaties slechts kortere tijd in de slagschaduw liggen. Uitzonderingen zijn volgens de StAB de open ruimte bij het entreegebouw en de waterspeelplaats. Niet in geschil is dat Windpark OSK de turbines zal voorzien van een slagschaduwsensor en stilstandvoorziening zodra er slagschaduw optreedt bij het kassa-/entreegebouw. Windpark OSK neemt dus maatregelen ter voorkoming van deze vorm van hinder. Er resteren onvoldoende aanknopingspunten voor de conclusie dat slagschaduw zodanige hinder zal veroorzaken dat deze de grenzen van het maatschappelijk aanvaardbare overschrijdt.

Externe veiligheid

- 4.10. Delta Park Neeltje Jans betoogt dat door de nabijheid van de windturbines levensgevaarlijke situaties ontstaan op het park vanwege de aan windturbines verbonden veiligheidsrisico's en dat het in het leven roepen van die gevaarlijke situaties jegens haar onrechtmatig is. Zij voert daartoe - kort gezegd - aan dat gelet op de beoogde locaties van de turbines 8 en 9 niet wordt voldaan aan de uit het Activiteitenbesluit in samenhang met het Besluit Externe Veiligheid Inrichtingen (Bevi) volgende norm van het plaatsgebonden risico voor kwetsbare objecten. Zij betoogt in dat verband dat het themapark in zijn geheel als kwetsbaar object in de zin van de

toepasselijke regelgeving moet worden beschouwd.

- 4.11. De rechtbank stelt voorop dat de vraag of de oprichting van de windturbines in overeenstemming is met de toepasselijke regelgeving op het gebied van de externe veiligheidseisen en de vraag aan welke normen dat moet worden getoetst, onderdeel uitmaken van het bestuursrechtelijke besluitvormingstraject tot vaststelling van het bestemmingsplan en - vervolgens - het afgeven van de omgevingsvergunning voor (het bouwen en) het oprichten en in stand houden van de inrichting (het windmolenpark).

Dat betekent - zoals Windpark OSK terecht aanvoert - dat Delta Park Neeltje Jans het be-toogt dat het themapark kwalificeert als een kwetsbaar object in de zin van het Bevi en dat niet aan de daarvoor geldende risico-contour voor het plaatsgebonden risico wordt voldaan in die procedures had moeten inbrengen. Zij heeft in die procedures bij de ABRvS echter geen beroepsgronden aangevoerd die daarop betrekking hebben, ondanks het feit dat zowel in het milieueffectrapport als het rapport van de StAB uitvoerig onderzoek is gedaan naar het plaatsgebonden risico en overige aspecten van externe veiligheid en waaruit zij thans put ter onderbouwing van haar betoog. In deze procedure moet het ervoor worden gehouden dat de plaatsing van de windturbines en het in werking hebben ervan in overeenstemming met de vergunningen voldoet aan de daarvoor geldende regels ten aanzien van externe veiligheid. Delta Park Neeltje Jans kan deze civielrechtelijke procedure niet gebruiken om de rechtmatigheid van die bestuursrechtelijke besluitvorming wederom ter discussie te stellen met argumenten die zij kennelijk toen nog niet paraat had.

- 4.12. Dat neemt niet weg dat niettemin sprake kan zijn van concrete feiten of omstandigheden op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat onrechtmatige gevaarstelling aan de orde is, ook wanneer binnen de grenzen van de omgevingsvergunning wordt gebleven. Het is aan Delta Park Neeltje Jans om de stellingen daartoe aan te reiken en bij betwisting te bewijzen. Ze kan daartoe dus niet volstaan met te betogen dat niet aan de geldende norm-stelling voor externe veiligheid wordt voldaan. Evenmin volstaan verwijzingen naar (artikelen over) in zijn algemeenheid aan windturbines toe te schrijven risico's of voorbeelden van ongelukken die zich daarmee in het verleden hebben voorgedaan. Zij beroept zich op het rapport "Veiligheidsanalyse, Windpark Bouwdokken, Neeltje Jans" van 6 oktober 2016 (de Veiligheidsanalyse), opgesteld door Bosch & Van Rijn ter betwisting van de juistheid van de in opdracht van Windpark OSK uitgevoerde "Risicoanalyse Bouwdokken, Neeltje Jans" van 17 december 2015. In de Veiligheidsanalyse wordt geconcludeerd dat niet wordt voldaan aan het Activiteitenbesluit en wordt een aantal aspecten genoemd dat volgens de opsteller van de Veiligheidsanalyse niet of niet juist is onderzocht door Windpark OSK. Daarmee heeft zij echter onvoldoende feiten gesteld waaruit kan volgen dat - afgezien van in het algemeen aan windturbines verbonden veiligheidsrisico's waarvoor het Activiteiten-besluit en het Bevi regels stellen en op de naleving waarvan het bevoegd gezag toeziet - met de oprichting van de windmolens 8 en 9 een gevaarlijke situatie in het leven wordt ge-roepen.

- 4.13. De conclusie luidt dan ook dat het aspect externe veiligheid niet kan leiden tot het oordeel dat er sprake is of zal zijn van een onrechtmatige daad van Windpark OSK jegens Delta Park Neeltje Jans.

Vallend ijs

- 4.14. Delta Park Neeltje Jans stelt dat onder winterse omstandigheden ijsafzetting kan optreden op de rotorbladen met risico voor het naar beneden vallen van losbrekend of dooiend ijs. De positionering van de turbines 8 en 9 is zodanig dat daardoor bezoekers van het park kunnen worden getroffen. Om dat te voorkomen zullen dan delen van het park moeten worden afgezet. Deze hinder is onrechtmatig volgens Delta Park Neeltje Jans.

- 4.15. Windpark OSK heeft onweersproken gesteld dat de turbines worden voorzien van een

ijsdetectiesysteem waardoor de turbine onmiddellijk in stilstand wordt gezet zodra omstandigheden tot ijsafzetting kunnen leiden alsmede met een besturingsmechanisme dat de turbine automatisch zo draait dat de rotorbladen weggedraaid staan van het park. Zij wijst er verder - ook onweersproken - op dat de momenten waarop ijsvorming zich eventueel voor-doet, in de winterperiode, het park veelal gesloten is of beperkte openingstijden heeft. De risico's, die bovendien ook volgens de deskundige Peutz van Delta Park Neeltje Jans eigen-lijk alleen turbine 9 betreffen, zijn minimaal en daarmee dus ook de mogelijke hinder, aldus Windpark OSK.

- 4.16. De rechtbank is van oordeel dat Delta Park Neeltje Jans onvoldoende feiten heeft gesteld op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat de risico's op vallend ijs haar daadwerkelijk in meer dan zeer incidentele mate mogelijkerwijs zullen hinderen in haar be-drijfsvoering. Dat wellicht in een voorkomend geval delen van het park of het parkeerterrein in afwachting van de te treffen maatregelen tijdelijk zullen moeten worden afgezet, is daar-voor in zijn algemeenheid onvoldoende. Van onrechtmatig handelen op dit punt kan daarom niet worden gesproken.

Belevingswaarde

- 4.17. Delta Park Neeltje Jans vreest afnemende bezoekersaantallen en daarmee omzet-deriving ten gevolge van de verwachte aantasting van de belevingswaarde van het thema-park. Naast de overlast en de hinder zal de aanwezigheid van de windturbines een gevoel van onbehagen en onveiligheid veroorzaken en zullen bezoekers geconfronteerd worden met dode vogels als aanvaringsslachtoffers. Zij onderbouwt dit standpunt met een rapport van [adviesbureau] van juli 2011.
- 4.18. Windpark OSK betwist dat op objectieve gronden valt te vrezen voor afnemende bezoekersaantallen. Zij verwijst op haar beurt naar de resultaten van een in haar opdracht door ZKA Consultants in de bestemmingsplanprocedure uitgevoerd onderzoek in april 2011.
- 4.19. In de beroepsprocedure over het bestemmingsplan hebben partijen dit debat ook gevoerd, omdat Delta Park Neeltje Jans in die procedure dit standpunt ook betrokken heeft. In de uitspraak van 21 november 2012 overweegt de ABRvS in rechtsoverweging 7.5 daarover het navolgende:

"Met het overgelegde [adviesbureau] -rapport heeft Delta Park niet aannemelijk gemaakt dat de toekomstige negen windturbines tot een onaanvaardbare daling van de bezoekersaantallen van haar themapark zullen leiden. Hierbij betreft de Afdeling dat de reeds bestaande en goed zichtbare wind-turbines op Neeltje Jans niet tot een daling van de bezoekers van het themapark hebben geleid en dat de bevindingen in het ZKA-rapport zijn gebaseerd op meerdere verifieerbare onderzoeken naar de effecten van windturbines op toerisme. Voorst zijn de conclusies in het [adviesbureau] -rapport ten aanzien van geluidhinder en slagschaduw en het verwachte effect daarvan op bezoekers ten onrechte niet gebaseerd op de bevindingen hieromtrent in het MER of andere onderzoeksrapporten, waardoor de getrokken conclusies onvoldoende zijn gestaafd met feiten. Overigens blijkt uit de in het [adviesbureau] -rapport vermelde reactie van de directeur van Bobbejaanland dat de aanwezige wind-turbine in dat attractiepark de parkbeleving niet schaadt.

Met betrekking tot de gestelde aantasting van de sfeerbeleving van haar themapark als gevolg van de aanwezigheid van dode vogels overweegt de Afdeling dat alleen windturbine aangeduid met nummer 9 binnen het themapark zal staan – op de meest noordelijke punt – en dat de overige toekomstige windturbines op een afstand van 150 meter tot meer dan 1.200 meter tot het themapark zullen staan. Gelet hierop heeft Delta Park niet aannemelijk gemaakt dat een groot aantal aanvaringsslachtoffers in haar themapark terecht zal komen en daardoor de sfeerbeleving van haar themapark wezenlijk zal worden beïnvloed."

De rechtbank heeft in deze procedure van Delta Park Neeltje Jans geen aanknopingspunten aangereikt gekregen om tot een andersluidend oordeel te komen, mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de gestelde hinder door geluid, slagschaduw en onveiligheid. Delta

Park Neeltje Jans heeft nog gewezen op de landschappelijke impact die zal afdoen aan de kwaliteitsbeleving. Dit had zij nader moeten onderbouwen, zeker gelet op het onbetwiste gegeven dat in de nabijheid van het themapark al een aantal windturbines staat en zichtbaar is alsmede civieltechnische bouwwerken zoals de Oosterscheldekering. Ook dit betoog slaagt dus niet.

Oprichtingshinder en beperking in bedrijfsvoering

- 4.20. Delta Park Neeltje Jans stelt (exploitatie)schade te lijden omdat zij tijdens de realisatiefase van het windpark noodgedwongen de deuren zal moeten sluiten, vanwege - kort gezegd - de omstandigheid dat grote delen van het themapark onbereikbaar worden vanwege aanvoerroutes, noodzakelijke afzettingen en veiligheidsrisico's tijdens de bouw.
- 4.21. Windpark OSK heeft dit gemotiveerd weersproken. Zij stelt het bouwproces zo te hebben gepland dat het windpark kan worden gerealiseerd zonder de terreinen van het themapark te gebruiken. De aanvoer van onderdelen gebeurt over de bestaande weg waarop Delta Park Neeltje Jans geen alleenrecht heeft en als dat hinder zou opleveren is die naar zijn aard kortdurend en te dulden als medegebruiker. Zij bestrijdt voorts gemotiveerd dat tijdens de bouw sprake zal zijn van veiligheidsrisico's voor de omgeving. Tot slot weer-sprekt zij de stelling van Delta Park Neeltje Jans dat zij niet bereid zou zijn tot overleg over het voorkomen van eventuele hinder of schade tijdens de aanleg.
- 4.22. Delta Park Neeltje Jans heeft in reactie op de gemotiveerde betwisting door Windpark OSK haar stellingen niet nader onderbouwd. Dat had wel op haar weg gelegen om tot de conclusie te kunnen komen dat in de door haar gestelde omstandigheden grond kan worden gevonden om Windpark OSK te verbieden de windturbines 8 en 9 op te richten.
- 4.23. Delta Park Neeltje Jans stelt dat Windpark OSK er kennelijk op uit is haar in de bedrijfsvoering te belemmeren, nu blijkt dat Windpark OSK bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwendt om de omgevingsvergunning voor de bouw van tribunes rond het zeeleeuwenbassin op het park te verhinderen. Ook stelt zij dat zij in haar uitbreidingsmogelijkheden wordt belemmerd vanwege de geluidsbelasting van turbine 9, die op haar terrein staat en dus zal meetellen bij de (cumulatieve) geluidsbelasting van haar inrichting in geval van nieuwe ontwikkelingen.
- 4.24. Windpark OSK heeft hier onweersproken tegen in gebracht dat het geluid van windturbine 9 buiten de geluidsruimte blijft van de berekening van het maximale geluidsniveau dat Delta Park Neeltje Jans mag produceren omdat daarvoor een andere norm geldt. Dat sprake is van een daadwerkelijke belemmering op dit punt - daargelaten wat daarvan de consequentie zou moeten zijn - is niet gebleken. Bovendien is gesteld noch gebleken van enig concreet uitbreidingsplan van Delta Park Neeltje Jans dat op dit aspect is afgestuit of zal afstuiten. Daarbij komt dat het feit dat (bedrijfsmatige) ontwikkelingen plaatsvinden in de omgeving van het themapark, die effecten hebben op de geluidsbelasting van de omgeving en - mogelijk - op het maximale geluidsniveau dat het themapark mag produceren, niet zonder meer de conclusie rechtvaardigen dat die ontwikkeling om die reden onrechtmatig is. Delta Park Neeltje Jans heeft ook voor die conclusie onvoldoende aangevoerd. Dat Windpark OSK op haar beurt rechtsmiddelen aanwendt tegen ontwikkelingen op het themapark, is tot slot, zonder enige nadere stelling, niet onrechtmatig te achten.

Slotsom

- 4.25. Op grond van al het voorgaande luidt de conclusie dat niet is gebleken van (dreigend) onrechtmatig handelen vanwege hinder of gevaarstelling door de oprichting van de windturbines (8 en 9) van het windpark.
- 4.26. Delta Park Neeltje Jans heeft ook nog aangevoerd dat windturbines 8 en 9 inbreuk maken op

haar rechten als huurder/erfpachter/gebruiker van de gronden. Windpark OSK heeft deze stelling gemotiveerd weersproken. Dienaangaande wordt overwogen dat genoegzaam is komen vast te staan dat de windturbines niet zullen worden geplaatst op gronden waarop Delta Park Neeltje Jans exclusieve rechten heeft. Van een rechtstreekse inbreuk is dan ook geen sprake. Delta Park Neeltje Jans heeft voorts niet onderbouwd in welke mate zij overigens wordt beperkt in haar voormelde rechten. Hierdoor is het voor de rechtbank niet mogelijk om vast te stellen of deze (vermeende) inbreuk als onrechtmatig moet worden aangemerkt. Deze stelling van Delta Park Neeltje Jans wordt derhalve verworpen.

4.27. Al het voorgaande leidt tot het oordeel dat de vorderingen van Delta Park Neeltje Jans moeten worden afgewezen.

4.28. Delta Park Neeltje Jans zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Windpark OSK worden begroot op:

- griffierecht € 619,00

- salaris advocaat € 1.356,00 (3 punten x tarief € 452,00)

Totaal € 1.975,00

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt Delta Park Neeltje Jans in de proceskosten, aan de zijde van Windpark OSK tot op heden begroot op € 1.975,00;

5.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.M. Willems, mr. D.A. van Steenbeek en mr. N.M. Spelt en in het openbaar uitgesproken op 14 juni 2017.¹

¹ type: mc/4071 coll:
