

**PLEITAANTEKENING – ontvankelijkheid en formele
rechtskracht
van mr. X.P.C. Wynands**

Voorzieningenrechter van de

Rechtbank Den Haag

Zaakkenmerk C/09/588960 KG ZA 20/180

Datum 4 mei 2020

Inzake:

de stichting **Stichting Stop5GNL**,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres,

advocaten: mr. H.H.T. Beukers en mr. X.P.C. Wynands

contra:

de publiekrechtelijke rechtspersoon de **Staat der Nederlanden** (Ministerie van
Economische Zaken en Klimaat),

zetelend te Den Haag,

gedaagde,

advocaten: mr. S.M. Kingma en mr. E.H.P. Brans

Edelachtbare Vrouwe,

Ontvankelijkheid: overzicht en ter inleiding

1. De eerste vraag die de rechtbank (ambtshalve) dient te beantwoorden is of Stop5GNL ontvankelijk is in haar vorderingen. Nu zij haar vorderingen grondt op het burgerlijk recht, is de burgerlijke rechter bevoegd daarvan kennis te nemen. Daarmee is de ontvankelijkheid in deze procedure echter nog niet gegeven.
2. De burgerlijke rechter biedt als 'restrechter' aanvullende rechtsbescherming in geval van een rechtstekort: als de door Stop5GNL gestelde verwijten kunnen worden getoetst in een andere, met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang bij een gespecialiseerde rechter – en dat zal in de regel de bestuursrechtelijke rechtsgang zijn – en in die rechtsgang eenzelfde of een vergelijkbaar resultaat kan worden bewerkstelligd als Stop5GNL beoogt met haar vorderingen in deze procedure, is in beginsel geen plaats voor de burgerlijke rechter. Een behoorlijke taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter doet het in het algemeen ongewenst zijn dat tegelijkertijd voor beide rechters procedures over hetzelfde onderwerp worden gevoerd, met het risico van een verschillende uitkomst. Indien een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat of heeft opengestaan, leidt dit daarom in beginsel tot niet-ontvankelijkverklaring in een procedure bij de burgerlijke rechter. Zie onder meer HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0527 (Changoe/Staat).
3. De formulering van de vorderingen van Stop5GNL en de vraag of deze vorderingen in een bestuursrechtelijke procedure kunnen worden ingesteld, is niet doorslaggevend voor de ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter. Het gaat om het met die vorderingen te bereiken materiële resultaat. Het enkele gegeven dat in een bestuursrechtelijke procedure geen verklaring voor recht kan worden gevorderd, levert geen rechtstekort op dat de weg opent naar de burgerlijke rechter. Verg. HR 21 april 2004, ECLI:NL:HR:2004:AU4548 (Abacus/Staat).

4. Stop5GNL, die als belangenorganisatie vorderingen op de voet van artikel 3:305a BW heeft ingesteld, is in de eerste plaats ontvankelijk omdat zij ook opkomt voor de gebundelde belangen van personen die *geen* rechtsingang hebben in een met voldoende waarborgen omgeven rechtsingang bij de bestuursrechter. Als Stop5GNL optreedt voor betrokkenen die zelf een met voldoende waarborgen omklede rechtsingang hebben bij de bestuursrechter, kan de enkele bundeling van belangen door een belangenorganisatie er niet toe leiden dat voor hen de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan. Zie HR 22 mei 2015, ECLI:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First) en HR 3 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (SCAU/Universiteiten). Ook in het geval dat belangenorganisaties zoals Stop5GNL niet slechts opkomen voor de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen, maar ook voor het algemeen belang van de rechten van een grotere groep van personen die diffuus en onbepaald is, is sprake van een bundeling van belangen in de zin van artikel 3:305a, lid 1, BW. Zie HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First).
Stop5GNL zou in de tweede plaats ontvankelijk zijn als zij opkomt voor een *eigen* belang waarvoor zij geen rechtsingang heeft bij de bestuursrechter. Het moet daarbij gaan om een eigen (vermogensrechtelijk) belang dat los staat van de gebundelde belangen in de hiervoor bedoelde zin of daarvan is afgeleid. Zie HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314 (Staat/Vreemdelingenorganisaties) en HR 22 mei 2015, ECLI:HR:2015:1296 (Staat/Privacy First).
5. Stop5GNL heeft geen eigen vermogensrechtelijk belang. Het is een ideëel en gebundeld belang. Uit de statuten van Stop5GNL blijkt dat zij opkomt voor een gebundeld belang, dat zich voor Stop5GNL laat omschrijven als dat van alle inwoners van Nederland voor wat betreft hun gezondheid in relatie tot (elektromagnetische) velden. En zoals hierna blijkt, beschikt de groep personen waar Stop5GNL voor opkomt niet over een rechtsingang in een met voldoende waarborgen omgeven rechtsingang bij de bestuursrechter die mogelijk maakt om de uitrol van 5G als geheel, zoals door de Staat gefaciliteerd, tegen te gaan.

6. Of Stop5GNL ontvankelijk is, hangt dus af van de vraag of in een andere met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang eenzelfde of een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als met de vorderingen in deze procedure.¹ En anders dan de Staat betoogt, is daarvan geen sprake geweest.

Reactie op standpunt Staat

7. Volgens de Staat leidt formele rechtskracht ertoe dat Stop5GNL niet ontvankelijk is in haar vorderingen de Staat te verbieden:
- vergunningen te verlenen voor gebruik van 700, 1.400 en 2.100 MHz en/of 3,5 en 26 GHz-frequentiebanden voor 5G;
 - toe te staan dat al beschikbaar gestelde frequenties (800, 900, 1.800 en 2.100 MHz en 2,6 GHz) worden gebruikt voor 5G-technologie.
8. Dit hangt volgens de Staat samen met de rechtsgang die tegen de in het NFP2014 gemaakte keuzes heeft opengestaan bij de bestuursrechter, waarbij de Staat aangeeft dat de Telecommunicatiewet de mogelijkheid creëert om in een frequentieplan met betrekking tot de te gebruiken technologie beperkingen op te leggen om de volksgezondheid te beschermen tegen elektromagnetische velden.
9. Het woord volksgezondheid komt echter in het hele NFP2014 niet voor, zoals gepubliceerd in de Staatscourant (2014 nr. 33116 25 november 2014). De term 5G komt in het NFP2014 ook niet voor (4G net zo min). De relatie tussen deze technologie en de volksgezondheid is dus helemaal niet aan de orde gesteld.
10. De verklaring van dit alles is volgens de Staat de keuze voor 'technologie-neutraliteit'. De gebruiker bepaalt volgens de Staat welke technologie wordt ingezet op de frequentieband.

¹ ECLI:NL:RBDHA:2017:15380 Rechtbank Den Haag 27-12-2017, C/09/516573 / HA ZA 16-975.

11. Gezien het voorgaande: Stop5GNL ziet niet in hoe er in Nederland ook maar één burger zou kunnen zijn die vanwege de door de Staat genoemde reden formele rechtskracht kan worden tegengeworpen.

12. In de eerste plaats omdat burgers, voor wiens gezondheid Stop5GNL opkomt, vermoedelijk helemaal geen belanghebbenden zijn in een bestuursrechtelijke procedure tegen een frequentieplan. Met betrekking tot de vraag wie überhaupt belanghebbenden zijn, valt namelijk iets bijzonders op in de Telecommunicatiewet (Tw). Artikel 3.3 Tw bepaalt dat een zienswijze over een ontwerp frequentieplan naar voren kan worden gebracht overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:15 Awb (de hoofdregel dat belanghebbenden zienswijzen kenbaar kunnen maken over ontwerp besluiten), maar bepaalt ook dat aanvullend tevens een gebruiker en een consument een zienswijze naar voren kunnen brengen. Dit is opvallend, aangezien hierdoor vaststaat dat volgens de wetgever de groep van gebruikers en consumenten behoort tot een andere categorie dan de groep belanghebbenden. En in dat verband valt op dat voor wat betreft de toegang tot de bestuursrechter wel alleen wordt aangesloten bij de hoofdregel uit de Awb: dus enkel de belanghebbenden en niet tevens uitdrukkelijk ook de gebruiker en de consument. Dit betekent dat de burgers in de perceptie van de wetgever helemaal geen rechtsingang hebben de bestuursrechter tegen een frequentieplan. En voor die groep – het zij herhaald – komt Stop5GNL juist op. Het verbaast tegen deze achtergrond hopelijk niet dat in de rechtspraak ook geen voorbeeld kan worden gevonden waarin een burger bij de bestuursrechter heeft geprocedeerd tegen een frequentieplan.

13. Maar zelfs als burgers wel belanghebbenden kunnen zijn tegen een frequentieplan, geldt in de tweede plaats het volgende voor wat betreft het standpunt dat niet kan worden ingezien hoe er in Nederland ook maar één burger zou kunnen zijn die vanwege de door de Staat genoemde reden formele rechtskracht kan worden tegengeworpen. Pas een gezonde dosis realisme toe en beantwoord de volgende vraag: hoe had iemand in 2014 in redelijkheid moeten kunnen vermoeden dat in 2014 tegen een technologie-neutraal frequentieplan zou moeten worden

geprocedeerd om de uitrol van een toen nog onbekende, nieuwe en specifieke invulling qua technologie in 2020 te kunnen bestrijden? Dat had niemand kunnen vermoeden en kan Stop5GNL niet worden tegengeworpen. Ik verwijs naar het aardbevingsschade arrest van de Hoge Raad (r.o. 2.8.6 en 2.8.7; 19 juli 2019; ECLI:NL:HR:2019:1278). Daarom moet Stop5GNL nu – op een moment dat het actueel is, zoals blijkt uit de berichtgeving in de internationale media – in staat zijn om één procedure rechterlijke aandacht te vragen voor een gewenst verbod op uitrol van die specifieke nieuwe technologie (5G). Dat is waar het Stop5GNL om te doen is.

14. Aldus vindt Stop5GNL dat haar geen formele rechtskracht kan worden tegengeworpen. Dit betekent dat zij ontvankelijk is betreffende alle vorderingen, ook die vorderingen die betrekking hebben op het gebruiken van bestaande frequentiebanden voor 5G en op vergunningverlening voor frequentieruimte binnen nieuwe frequentiebanden ten behoeve van het gebruik voor 5G. Het zijn namelijk juist niet de technologie-neutrale zaken die Stop5GNL *an sich* wenst te bestrijden, maar het is specifiek de technologie waarvan Stop5GNL de uitrol wenst tegen te gaan (5G). Anders had Stop5GNL ook wel gevraagd om het verbieden van 4G en 3G.
15. Met betrekking tot de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen die beschikbaar zijn tegen vergunningen is het volgende van belang.
16. Als Stop5GNL al belanghebbende zou zijn bij dergelijke vergunningen, dient te worden geconstateerd dat de vordering van Stop5GNL niet in een bestuursrechtelijk kan worden toegewezen, gelet ook op hetgeen is aangegeven over het NFP2014. Een totaalverbod op 5G is sowieso niet mogelijk in een bestuursrechtelijke procedure tegen een vergunning die slechts betrekking heeft op frequentieruimte binnen een frequentieband. Bovendien kan vanwege het bestuursrechtelijke beoordelingskader mogelijk niet eens bij de bestuursrechter worden bewerkstelligd dat het verboden is de te vergunnen frequentieruimte voor 5G te gebruiken, aangezien die vergunningen voortborduren op een keuze voor 'technologie-

neutraliteit' uit het NFP2014. En die technologie-neutraliteit kan bij de bestuursrechter niet worden teruggedraaid, als die al ooit door de burger bestreden had kunnen worden (zie hiervoor). In dat verband is namelijk van belang dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de uitspraak van 1 december 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:462) heeft geoordeeld dat geen exceptieve toetsing van een frequentieplan mogelijk is in het kader van een procedure tegen een (weigering van een) vergunning. In dit verband is verder van belang dat een frequentieplan een ambtshalve te nemen besluit is van de Minister, waarbij de Telecommunicatiewet niet voorziet in de mogelijkheid voor belanghebbenden, laat staan voor gebruikers en consumenten, om op aanvraag om wijziging van een frequentieplan te verzoeken.

17. Eveneens relevant is dat de vergunningen tweeledig beperkt zijn, namelijk enerzijds via de te vergunnen frequentieruimte tot gedeeltes van de frequentieband en anderzijds tot de specifiek te vergunnen bestemming (waarbij ook een beperking geldt in tijdsduur en geografisch gebied²). En Stop5GNL wil niet één of meerdere individuele gevallen bestrijden, maar wil het geheel van betrokkenheid van de Staat bij de uitrol van 5G tegengaan. En dat geheel kan alleen maar bij de burgerlijke rechter als restrechter aan de orde worden gesteld. Want bij vele van de bestuursrechtelijke besluiten is de burger mogelijk niet eens belanghebbende, terwijl bij andere slechts een deel van de thematiek aan de orde komt, waar bij alle benodigde bestuursrechtelijke besluiten de vraag gerechtvaardigd is of het belang van de volksgezondheid überhaupt deel uitmaakt van het beoordelingskader, want ook al zou dat bij vergunningverlening bijvoorbeeld kunnen volgens artikel 3.14 Tw, maar de voorbeeldvergunning als bijlage bij het Besluit bekendmaking veiling vergunningen 700, 1400 en 2100 MHz maakt duidelijk dat dat niet is gebeurd. Denk naast de vergunningen voor frequentieruimte, bijvoorbeeld ook aan ruimtelijke besluitvorming voor zendmasten waarbij geen sprake is van strijd met bestemmingsplannen of daar waar het zelfs vergunningvrij zou zijn. Stop5GNL

² Artikel 17 Frequentiebesluit 2013.

beroept zich in dit verband op de uitspraak van uw rechtbank in het kort geding van de Milieudefensie tegen de Staat over de luchtkwaliteit:

De Staat heeft niet bestreden dat Milieudefensie cs op grond van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek toegang hebben tot de civiele rechter. De Staat heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat verzoeken bij het bevoegde gezag kunnen worden ingediend tot het treffen van maatregelen op het gebied van luchtkwaliteit en dat tegen een weigering van het bevoegd gezag om dat te doen beroep en dus rechtsbescherming open staat bij de bestuursrechter. Dat standpunt gaat er evenwel aan voorbij dat deze zaak niet ziet op het oplossen van één of meerdere individuele gevallen waarin grenswaarden worden overschreden. Het maken van een (deugdelijk) luchtkwaliteitsplan kan niet het onderwerp zijn van bestuursrechtelijk bezwaar en beroep. Daarmee is de ontvankelijkheid van Milieudefensie cs in hun vorderingen gegeven.³

18. Stop5GNL beroept zich ook op het arrest van de Hoge Raad over de aardbevingsschade in Groningen.⁴ Dit arrest is in de rechtsliteratuur onder meer toegejuicht als nieuwe koers richting minder formele rechtskracht. Net als in die kwestie vraagt Stop5GNL de burgerlijke rechter niet om te oordelen over de rechtmatigheid van de vele individuele besluiten die benodigd zijn voor de uitrol van 5G, maar vraagt Stop5GNL u als burgerlijke rechter of u het met haar eens bent dat op dit moment nog onvoldoende zeker is dat de uitrol van 5G als geheel geen gevaar vormt voor de volksgezondheid. En als u het met Stop5GNL eens bent, dient de Staat al haar handelingen in dat verband – in de ruimste zin van het woord – minstens op te schorten totdat sprake is van meer wetenschappelijke zekerheid over de vraag naar het gevaar van 5G voor de volksgezondheid.

³ ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, Rechtbank Den Haag, 07-09-2017, C/09/532971 / KG ZA 17/644

⁴ HR 19/7/2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.

Advocaten

Behandelend advocaten, mr. H.H.T. Beukers en mr. X.P.C. Wynands

Boels Zanders Advocaten

Postbus 2342 NL-5600 CH Eindhoven, T: +31 (0) 88 304 01 06, F: +31 (0) 40 236 77 44,
beukers@boelszanders.nl / wynands@boelszanders.nl