



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Een subsidieverplichting inzake de normering van
topinkomens — een zogenaamde oneigenlijke
subsidieverplichting — heeft formele rechtskracht
gekregen**

Ouden, W. den

Citation

Ouden, W. den. (2017). Een subsidieverplichting inzake de normering van topinkomens — een zogenaamde oneigenlijke subsidieverplichting — heeft formele rechtskracht gekregen. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2017(48), 2892-2900. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/63327>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/63327>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

van de gedelegeerde Commissieverordening 640/2014 bepaalt dat de subsidiekorting in geval van opzet in de regel 20% bedraagt, maar dat het betaaloorgaan *kan* besluiten om dat percentage te verhogen tot maximaal 100%. Betekent dit nu dat de bestuursrechter in het geval van hogere kortingen dan 20% wél ruimte heeft om bij de beoordeling van rechtmatigheid van een Unierechtelijke subsidiesanctie rekening te houden met een eventuele strafrechtelijke sanctie? In dat verband is interessant dat in art. 40 expliciet is bepaald dat het betaaloorgaan slechts kan besluiten om het percentage van 20% te verhogen op basis van de beoordeling van het belang van de niet-naleving die de bevoegde controleautoriteit daaraan heeft toegekend op basis van de in art. 38 lid 1 t/m 4, genoemde criteria. Deze criteria zien op de omvang, ernst en het al dan niet hebben van een permanent karakter van de geconstateerde niet-naleving; zij leggen derhalve geen relatie met een eventueel strafrechtelijk optreden. Wij vragen ons af of deze beperking eraan in de weg kan staan dat de bestuursrechter bij de beoordeling van de evenredigheid van de verhoging van de korting rekening houdt met een strafrechtelijke sanctie. Het zou interessant zijn om ook deze vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen, onder verwijzing naar voormelde rechtspraak van het EHRM en art. 52 lid 3 Handvest.

6. Het feit dat de voormelde Unierechtelijke landbouwsubsidieverordening van de Commissie expliciet noemt dat het opleggen van Unierechtelijke subsidiekortingen en -uitsluitingen strafrechtelijk optreden op nationaal niveau onverlet laat, laat overigens zien dat ook de Europese Commissie van mening is dat de Unierechtelijke sancties niet zijn aan te merken als 'criminal charges'. Het is kennelijk niet de bedoeling dat door een kwalificatie als 'criminal charge' de weg van de strafrechtelijke handhaving op nationaal niveau wordt geblokkeerd. Dan zou immers moeten worden gekozen voor ofwel de handhaving die het Unierecht voorschrijft, ofwel strafrechtelijke handhaving op grond van het nationale recht. Een dergelijke 'wedloop' tussen handhaving op grond van het Unierecht en handhaving op grond van het nationale recht zou ertoe kunnen leiden dat aan landbouwers binnen de EU uiteenlopende sancties worden opgelegd, hetgeen een ongelijk speelveld tot gevolg heeft. Het is daarom begrijpelijk dat de handhavinginstrumenten uit het Europese subsidierecht vervaardigd door de Commissie niet worden aangemerkt als 'criminal charge'. Of dit echter ook wat betreft de subsidiekorting in alle gevallen rechtens juist is, betwijfelend wij. Daarover zou het Hof van Justitie EU een oordeel moeten vellen. Het arrest *Bonda* ziet im-

mers alleen maar op de subsidiesanctie (tijdelijke) uitsluiting en dus niet op de subsidiekorting.

7. Al met al is de jurisprudentie dat subsidiesancties in reactie op onregelmatigheden met EU-subsidies niet van strafrechtelijke aard zijn, met dit arrest van de Hoge Raad een uitgemaakte zaak. Een subsidieontvanger kan zowel een randvoorwaardenkorting, hoe hoog ook, als een strafrechtelijke sanctie opgelegd krijgen voor dezelfde gedraging. Subsidieontvangers die de randvoorwaarden hebben overtreden moet dus maar hopen dat het bestuursorgaan daadkrachtig is en dat eerst een subsidiekorting wordt opgelegd, alvorens tot strafrechtelijke vervolging wordt overgegaan. Dat biedt de meeste kans voor de subsidieontvanger op nog een beetje coullance van de strafrechter. De subsidieontvanger doet er natuurlijk nog verstandiger aan de Unierechtelijke subsidieregels gewoon goed na te leven.

8. Deze uitspraak is ook verschenen in *NJ* 2017/289, m.nt. J.M. Reijntjes, *NJB* 2017/572, *NB-STRAF* 2017/107, m.nt. J.L. Baar, *RvdW* 2017/277 en *TvAR* 2017/5884, m.nt. H.A. Verbakel-Van Bommel, J.E. van den Brink en L.W. Verboeket

AB 2017/422

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

18 oktober 2017, nr. 201700258/1/A2
(Mrs. J.A. Hagen, A.B.M. Hent, C.M. Wissels)
m.nt. W. den Ouden

Art. 3:4, 4:23, 4:38, 4:39 Awb

ECLI:NL:RVS:2017:2768

Een subsidieverplichting inzake de normering van topinkomens – een zogenaamde oneigenlijke subsidieverplichting – heeft formele rechtskracht gekregen. In het kader van de belangenafweging die moet plaatsvinden als een subsidie lager wordt vastgesteld moet desalniettemin met de onverbindendheid van de subsidieregeling waarop de subsidieverplichting berust rekening worden gehouden. Besluit tot lagere vaststelling van de subsidie is onevenredig.

Het college heeft de subsidie van DHG voor het boekjaar 2013 met toepassing van art. 15 Subsidieregeling Jeugdzorg Zuid-Holland (hierna: Subsidieregeling) lager vastgesteld, omdat DHG niet heeft voldaan aan de in bijlage 3, onder 7, opgenomen inkomensnorm. DHG heeft deze norm met € 95.941 overschreden. Het college heeft medegedeeld dat dit

bedrag in mindering zal worden gebracht op de aan DHG verstrekte subsidie.(...)

Blijkens het besluit van 12 februari 2015 en het besluit op bezwaar van 8 juli 2015 heeft het college art.15 Subsidieregeling toegepast. Nu deze bepaling aan de besluitvorming ten grondslag is gelegd, is de rechtbank ten onrechte niet toegekomen aan de beantwoording van de vraag of het college op grond van deze bepaling bevoegd was de subsidie lager vast te stellen. Het betoog van DHG dat de rechtbank had moeten beoordelen of aan het algemeen verbindende voorschrift verbindende kracht had moeten worden ontzegd, is terecht voorgedragen. (...)

Deze bepaling strekt niet tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar tot verwezenlijking van een ander doel, namelijk inkomenspolitiek. (...) Het verband tussen deze verplichting en de gesubsidieerde activiteit is te ver verwijderd om als een geoorloofde niet-doelgebonden verplichting in de zin van art. 4:39 lid 2 Awb te kunnen worden aangemerkt. Art. 15 Subsidieregeling in strijd met art. 4:38 lid 1 en 4:39 Awb en daarom onverbindend.

De rechtbank heeft het college terecht gevolgd in het standpunt dat van de rechtmatigheid van de bij de subsidieverlening opgelegde verplichtingen moet worden uitgegaan. Zoals het college in de schriftelijke uiteenzetting in hoger beroep stelt, is de bevoegdheid van het college tot het lager vaststellen van subsidies wegens het niet nakomen van een subsidieverplichting een discretionaire bevoegdheid. Bij het lager vaststellen van een subsidie is het in art. 3:4 lid 2 Awb bepaalde van toepassing. Dat betekent dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. In het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang (Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 74). (...) Bij de aanwending van zijn discretionaire bevoegdheid heeft het college in dit geval ten onrechte veel waarde gehecht aan de toepassing van de regel dat uitsluitend in het kader van de subsidieverlening tegen de opgelegde verplichting kan worden opgekomen. Van belang daarbij is dat het hier gaat om een verplichting die zijn grondslag vindt in een bepaling die onverbindend is te achten.(...) Onder deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de nadelige gevolgen van het vaststellingsbesluit onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.

Uitspraak op het hoger beroep van:

Stichting de Hoenderloo Groep (hierna: DHG), gevestigd te Hoenderloo, gemeente Apeldoorn, appellante, tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 17 november 2016 in 15/6800 in het geding tussen:

DHG

en

het college van GS van Zuid-Holland.

Procesverloop

Bij besluit van 12 februari 2015 heeft het college de door DHG aangevraagde subsidie voor het boekjaar 2013 vastgesteld op een bedrag van € 2.344.253 en een bedrag van € 95.941 aan te veel betaalde voorschotten teruggevorderd.

Bij besluit van 8 juli 2015 heeft het college het door DHG daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 17 november 2016 heeft de rechtbank het door DHG daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft DHG hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting, gevoegd met zaak, ECLI:NL:RVS:2017:2769, behandeld op 12 september 2017, waar DHG, vertegenwoordigd door mr. G.M. Hensing, advocaat te Arnhem, en gemachtigde, en het college, vertegenwoordigd door mr. A.A.M. Elzackers, advocaat te Den Haag, en M. Jaafari Tangaki, zijn verschenen. Na de zitting zijn de zaken gesplitst.

Overwegingen

Inleiding

1. DHG is een instelling die werkzaam is op het gebied van de jeugdzorg. Bij besluiten van 10 januari 2013 en 20 december 2013 heeft het college aan DHG een boekjaarsubsidie 2013 van maximaal € 2.440.194 verleend voor het uitvoeren van een aantal activiteiten. In het subsidieverleningsbesluit van 10 januari 2013 is in bijlage 3, onder 7, de volgende verplichting opgenomen: "Het inkomen van de directeur of medewerker van uw instelling mag niet meer bedragen dan een ministersalaris, conform de definities uit de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens. Indien er sprake is van een overschrijding, kan de boekjaarsubsidie op grond van de Subsidieregeling jeugdzorg Zuid-Holland lager worden vastgesteld." Tegen dit besluit heeft DHG geen rechtsmiddelen aan-

gewend, zodat van de rechtmatigheid daarvan moet worden uitgegaan.

1.1. Het college heeft de subsidie van DHG voor het boekjaar 2013 met toepassing van artikel 15 van de Subsidieregeling Jeugdzorg Zuid-Holland (hierna: Subsidieregeling) lager vastgesteld, omdat DHG niet heeft voldaan aan de in bijlage 3, onder 7, opgenomen inkomensnorm. DHG heeft deze norm met €95.941 overschreden. Het college heeft medegegeeld dat dit bedrag in mindering zal worden gebracht op de aan DHG verstrekte subsidie.

Oordeel van de rechtbank

2. De rechtbank heeft geoordeeld dat de in de Subsidieregeling neergelegde mogelijke subsidieverplichting met het verleningsbesluit is geconcretiseerd en eerst daarmee werkelijk is opgelegd. Dit houdt naar het oordeel van de rechtbank in dat de verplichting niet rechtstreeks voortvloeit uit de Subsidieregeling, maar eerst expliciet is opgelegd bij het verleningsbesluit. In de zaak van de Afdeling van 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177, was de verplichting niet bij de subsidieverlening (of -vaststelling) opgelegd, maar volgde die rechtstreeks — en uitsluitend — uit de Haagse Kaderverordening Subsidieverstreking.

Nu DHG heeft nagelaten een rechtsmiddel tegen het verleningsbesluit aan te wenden is het verleningsbesluit en zijn de daaraan verbonden verplichtingen in rechte vast komen te staan. De rechtbank heeft ten slotte overwogen dat zij in de procedure inzake de subsidievaststelling niet meer toekomt aan de vraag of de bij het verleningsbesluit opgelegde verplichting strijdig is met de artikelen 4:38, eerste lid, en 4:39 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

Wettelijk kader

3. Artikel 4:38, eerste lid, van de Awb luidt: “Het bestuursorgaan kan de subsidie-ontvanger ook andere verplichtingen opleggen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie.”

Artikel 4:39 luidt:

“1. Verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie kunnen slechts aan de subsidie worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.

2. Verplichtingen als bedoeld in het eerste lid kunnen slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.”

Artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder b, luidt: “De subsidie kan lager worden vastgesteld indien de subsidie-ontvanger niet heeft voldaan

aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen.”

Artikel 15 van de Subsidieregeling luidt:

“Gedeputeerde Staten kunnen, indien het inkomen van een bestuurder, directeur of medewerker van de Stichting Bureau Jeugdzorg Zuid-Holland of jeugdzorgaanbieder in een jaar meer bedraagt dan een ministersalaris, conform de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens, de boekjaarsubsidie lager vaststellen.”

Gronden van het hoger beroep

4. DHG betoogt dat punt 7 van bijlage 3 niet meer is dan een herhaling van het bepaalde in de Subsidieregeling. De verplichting is niet eerst (afzonderlijk) bij het besluit van 10 januari 2013 opgelegd, maar vloeit rechtstreeks voort uit de Subsidieregeling. De verplichting vindt zijn oorsprong in de Subsidieregeling. Om die reden had de rechtbank moeten beoordelen of aan het algemeen verbindende voorschrift verbindende kracht had moeten worden ontzegd.

In de uitspraak van 4 mei 2016 heeft de Afdeling herhaald dat een verplichting als de onderhavige niet in strijd mag zijn met de artikelen 4:38 en 4:39 van de Awb. Ook in de onderhavige zaak doet zich de situatie voor dat de verplichting niet strekt tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar tot verwezenlijking van een ander doel, namelijk inkomenspolitiek, zodat de verplichting geen doelgebonden verplichting is als bedoeld in artikel 4:38 van de Awb. Ook is in de onderhavige kwestie geen sprake van een geoorloofde niet-doelgebonden verplichting als bedoeld in artikel 4:39 van de Awb, aldus DHG.

Beoordeling van het hoger beroep

5. Blijkens het besluit van 12 februari 2015 en het besluit op bezwaar van 8 juli 2015 heeft het college artikel 15 van de Subsidieregeling toegepast. Nu deze bepaling aan de besluitvorming ten grondslag is gelegd, is de rechtbank ten onrechte niet toegekomen aan de beantwoording van de vraag of het college op grond van deze bepaling bevoegd was de subsidie lager vast te stellen. Het betoog van DHG dat de rechtbank had moeten beoordelen of aan het algemeen verbindende voorschrift verbindende kracht had moeten worden ontzegd, is terecht voorgedragen.

5.1. Ingevolge artikel 4:38, eerste lid, van de Awb kan het college met toepassing van die bepaling slechts verplichtingen opleggen die strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie. Het doel van de verleende subsidie is gelegen in het bieden van jeugdzorg.

Het college kan niet worden gevolgd in zijn standpunt dat artikel 15 van de Subsidieregeling

is bedoeld om de doelmatige besteding van subsidiegelden te bevorderen. In deze bepaling is aansluiting gezocht bij de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (hierna: Wopt) die op 1 januari 2013 is ingetrokken en derhalve ten tijde van het besluit tot vaststelling van de subsidie niet meer gold. In deze bepaling is daarmee een strengere norm neergelegd dan in de geldende Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (hierna: WNNT), gelet op het daarin opgenomen bezoldigingsmaximum en overgangsrecht. Gelet ook op de door het college ter zitting gegeven toelichting op deze bepaling moet het doel van de bepaling worden geacht te zijn gelegen in het normeren van de inkomens van medewerkers van instellingen die van provinciege worden gesubsidieerd.

Reeds de door het college gemaakte keuze om gevolgen te verbinden aan een overschrijding van de Wopt-norm, ook als zou kunnen worden aangetoond dat een topsalaris uit een andere bron dan de door het college verstrekte subsidie zou worden betaald omdat in artikel 15 geen onderscheid wordt gemaakt naar financieringsbron, wijst erop dat het doel van de bepaling is gelegen in het voorkomen van topsalarissen in plaats van een doelmatige besteding van subsidiegelden.

Gelet op het voorgaande strekt de bepaling niet tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, maar tot verwezenlijking van een ander doel, namelijk inkomenspolitiek, zodat de uit deze bepaling voortvloeiende verplichting geen doelgebonden verplichting is als bedoeld in artikel 4:38, eerste lid, van de Awb.

5.2. Vervolgens is aan de orde of de uit de bepaling voortvloeiende verplichting een zogenoemde niet-doelgebonden of oneigenlijke verplichting is als bedoeld in artikel 4:39 van de Awb. Ingevolge het tweede lid kan een dergelijke verplichting slechts betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 66*) blijkt dat met het opleggen van oneigenlijke subsidieverplichtingen terughoudendheid dient te worden betracht. Daarin is vermeld dat ook verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie wel enig verband dienen te houden met de gesubsidieerde activiteit en dat dit tot uitdrukking is gebracht door te bepalen dat de verplichtingen slechts betrekking kunnen hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht.

De gesubsidieerde activiteit wordt weliswaar verricht met behulp van medewerkers, maar de

uit artikel 15 van de Subsidieregeling voortvloeiende verplichting heeft geen betrekking op deze medewerkers, maar op hun inkomens. Daarmee is het verband tussen de verplichting en de gesubsidieerde activiteit te ver verwijderd om als een geoorloofde niet-doelgebonden verplichting in de zin van artikel 4:39, tweede lid, van de Awb te kunnen worden aangemerkt.

5.3. Gelet op het vorenstaande is artikel 15 van de Subsidieregeling in strijd met de artikelen 4:38, eerste lid, en 4:39 van de Awb en daarom onverbindend. De subsidie kon derhalve niet met toepassing van artikel 15 lager worden vastgesteld. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

Het bevoegde slaagt.

6. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of het college op grond van artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder b, van de Awb de subsidie in redelijkheid lager heeft kunnen vaststellen.

De rechtbank heeft het college terecht gevolgd in het standpunt dat van de rechtmatigheid van de bij de subsidieverlening opgelegde verplichtingen moet worden uitgegaan. Zoals het college in de schriftelijke uiteenzetting in hoger beroep stelt, is de bevoegdheid van het college tot het lager vaststellen van subsidies wegens het niet nakomen van een subsidieverplichting een discretionaire bevoegdheid. Bij het lager vaststellen van een subsidie is het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb bepaalde van toepassing. Dat betekent dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. In het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, nr. 3, p. 74*).

6.1. Het college hecht veel waarde aan de toepassing van de regel dat uitsluitend in het kader van de subsidieverlening tegen de inhoud van opgelegde verplichtingen kan worden opgekomen en zag in hetgeen de DHG heeft aangevoerd geen aanleiding om op deze regel een uitzondering te maken. Daarbij heeft een belangrijke rol gespeeld dat DHG als gevolg van de verleningsbeslissingen en de bestuurlijke overleggen afdoende op de hoogte was van de verplichting en de gevolgen van overtreding daarvan. Ook heeft het college er belang aan gehecht dat de publieke middelen volledig ten goede hadden moeten komen van de jeugdige hulpbehoevenden in de

provincie en niet aan een hoog salaris van de bij DHG werkzame personen.

6.2. Bij de aanwending van zijn discretionaire bevoegdheid heeft het college in dit geval ten onrechte veel waarde gehecht aan de toepassing van de regel dat uitsluitend in het kader van de subsidieverlening tegen de opgelegde verplichting kan worden opgekomen. Van belang daarbij is dat het hier gaat om een verplichting die zijn grondslag vindt in een bepaling die onverbindend is te achten. Het belang dat het college eraan hecht dat de publieke middelen volledig ten goede hadden moeten komen van de jeugdige hulpbehoevenden in de provincie en niet aan een hoog salaris van de bij DHG werkzame personen is in het kader van de bespreking van artikel 15 van de Subsidieregeling als inkomenspolitiek geïdentificeerd en kan daarom in het kader van de belangenafweging geen rol spelen.

Het college heeft in de afweging ten onrechte niet betrokken dat vanaf 1 januari 2013 de WNT geldt, waarin een hoger bezoldigingsmaximum is opgenomen dan in de Wopt. Ook voorziet de WNT in een overgangsregeling voor de bezoldiging van topfunctionarissen om een ongerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht te voorkomen. In bezwaar heeft DHG in dit verband aangevoerd dat binnen de overgangsregeling de salarissen naar beneden worden bijgesteld, maar dat het contract van zittende bestuurders ook moet worden gerespecteerd. Voorts heeft zij onweersproken gesteld dat geen overschrijding van de WNT-norm aan de orde is. Het college heeft ten onrechte geen betekenis gehecht aan de omstandigheid dat in het boekjaar 2013 de in de WNT gestelde inkomensnorm niet werd overschreden en dat DHG niet onder bestaande salarisverplichtingen uit kon. Dat dit gevolgen zou kunnen hebben voor de besteding van de verleende subsidie, was een gegeven waarmee het college rekening diende te houden.

Voor zover het college zich op het standpunt heeft gesteld dat DHG uit bestuurlijke overleggen afdoende op de hoogte was van de verplichting, overweegt de Afdeling dat uit de overgelegde gespreksverslagen niet zonder meer valt af te leiden dat het college na de invoering van de WNT aan zijn eigen strengere regeling zou vasthouden. DHG stelt uit de gesprekken niet anders te hebben begrepen dan dat het wettelijk kader leidend zou zijn en niet de eigen (strengere) norm.

Onder deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de nadelige gevolgen van het vaststellingsbesluit onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.

Conclusie

Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van het college van 8 juli 2015 gegrond verklaren. Dat besluit komt wegens strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb voor vernietiging in aanmerking. Het college dient een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

8. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling tevens aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het nieuwe besluit slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

9. Het college 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 Den Haag van 17 november 2016 in 15/6800;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland van 8 juli 2015, kenmerk PZH-2015-520936390;
- V. bepaalt dat tegen het door het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland te nemen besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;
- VI. veroordeelt het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland tot vergoeding van bij Stichting de Hoenderloo Groep in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.237,50 (zegge: twaalfhonderdzevenendertig euro en vijftig cent), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. gelast dat het college van gedeputeerde staten van Zuid-Holland aan Stichting de Hoenderloo Groep het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 832 (zegge: achthonderdtweëndertig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Noot

1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zegt het niet met zoveel woorden – sterker nog, zij lijkt er geen nadruk op te willen

leggen – maar deze uitspraak vormt onmiskenbaar een koerswijziging. Het was jarenlang vaste jurisprudentie dat de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen opgenomen in een onaantastbaar geworden verleningsbeschikking niet meer ter discussie kon staan in het kader van een besluit tot subsidievaststelling. In deze uitspraak onderzoekt de ABRvS echter de stelling dat het opleggen van een dergelijke verplichting onrechtmatig was omdat de onderliggende wettelijke bepaling onverbindend is en dat daarom de lagere vaststelling ook onrechtmatig is. Dat onderzoek leidt tot het oordeel dat de betreffende bepaling inderdaad onverbindend is. Daarmee moet het bestuursorgaan vervolgens rekening houden in de belangenafweging in de zin van art. 3:4 lid 2 Awb die bij ieder besluit tot een lagere vaststelling van de subsidie moet worden gemaakt, gelet op de discretionaire bevoegdheid tot lagere vaststelling die is neergelegd in art. 4:46 lid 2 Awb. Zo wordt de leer van de formele rechtskracht op zijn minst verzacht. Kiest de Afdeling deze aanpak omdat het in casu ging om de verplichting om zogenaamde ‘topinkomens’ te matigen, een oneigenlijke subsidieverplichting die al vaker zeer streng is benaderd in de jurisprudentie van de Afdeling? Of heeft de koerswijziging een breder bereik? De tijd zal leren hoe belangrijk deze uitspraak is voor de rechtsontwikkeling, maar dat zij een annotatie verdient staat vast.

2. De casus is relatief simpel. Appellant, Stichting de Hoenderloo Groep (hierna: DHG) is een landelijk werkende instelling die is gespecialiseerd in hulp voor jongeren met een complexe (gedrags)problematiek. In het verleden, voor de ‘transitie’ van 2015 werd dit soort instellingen gesubsidieerd door de provincies (tegenwoordig worden hun diensten doorgaans ingekocht door gemeenten in de vorm van een aanbestedingsprocedure, zie over de wijzigingen in de financiering van de jeugdzorg uitgebreid de conclusie van A-G R.H. de Bock bij ECLI:NL:HR:2017:772, m.nt. S.F.M. Wortmann in *NJ* 2017/314). In 2013 heeft het college van gedeputeerde staten van de provincie Zuid-Holland (hierna: GS) aan DHG een subsidie van bijna € 2,5 miljoen verleend voor jeugdzorgactiviteiten. In het besluit tot subsidieverlening was in een bijlage de verplichting opgenomen om directeur en medewerkers van de instelling niet meer te betalen dan – kort gezegd – een ministersalaris. Tegen deze beschikking heeft DHG geen bezwaar gemaakt. Als bij de subsidievaststelling blijkt dat DHG dit normbedrag heeft overschreden, wordt de subsidie met het overschrijdingsbedrag gekort. Dat betekent dat de subsidie ruim € 95.000 lager wordt vastgesteld dan verleend en dat dit bedrag bij DHG

wordt teruggevorderd. Tegen dit besluit verzet DHG zich wel.

3. De rechtbank volgt in haar uitspraak in eerste aanleg (ECLI:NL:RBDHA:2016:16709) het boekje. Zij stelt eerst vast dat in art. 15 Subsidieregeling Jeugdzorg Zuid-Holland (hierna: de Subsidieregeling) is bepaald dat verweerder bij overschrijding van de inkomensgrens de subsidie lager *kan* vaststellen, terwijl in de bijlage bij het verleningsbesluit is bepaald dat het inkomen van een topfunctionaris niet hoger *mag* zijn dan de topgrens. Zij ziet de in de Subsidieregeling neergelegde mogelijke subsidieverplichting in het verleningsbesluit geconcretiseerd en dus pas op dat moment werkelijk opgelegd. Tegen de verleningsbeschikking is niet opgekomen en daarom is dat besluit inclusief verplichtingen, onaantastbaar geworden. De rechtbank stelt dat uit vaste jurisprudentie volgt dat in zo'n geval tegen verplichtingen niet meer kan worden opgekomen; zij moeten als vaststaand worden aangenomen, waarbij zij terecht wijst op ECLI:NL:RVS:2007:AZ9032, ECLI:NL:RVS:2009:BH4667 en ECLI:NL:RVS:2010:BK9890 (zie voor een zeer recent voorbeeld ECLI:NL:RVS:2017:1661, *AB* 2017/278, m.nt. W. den Ouden). Zodoende komt zij aan een beoordeling van de rechtmatigheid van de gewraakte topinkomensverplichting niet toe.

4. Dat deze verplichting en de bepaling in de Subsidieregeling daarover in strijd komen met de Awb was alle partijen waarschijnlijk desondanks wel duidelijk. Immers, al sinds haar eerste uitspraak over subsidieverplichtingen inzake topinkomens uit 2014 (ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2348, *AB* 2014/326, m.nt. W. den Ouden en *Gst.* 2014/89, m.nt. R. Benhadi en T.E.P.A. Lam) benadert de ABRvS deze kwestie uiterst kritisch. Steeds komt zij tot het oordeel dat dergelijke subsidieverplichtingen niet (hoofdzakelijk) zijn gericht op het verwezenlijken van het doel van de subsidie, maar vooral inkomenspolitiek inhouden (zie ook ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177 (*Parmassia*), *AB* 2016/285, m.nt. W. den Ouden). Het betreft dus niet-doelgebonden subsidieverplichtingen, ook wel ‘oneigenlijke’ subsidieverplichtingen genoemd. Die mogen volgens art. 4:39 Awb wel worden opgelegd, maar daarbij dient aan twee voorwaarden te zijn voldaan. Ten eerste mogen oneigenlijke subsidieverplichtingen alleen worden opgelegd voor zover dit bij wettelijk voorschrift (bij gemeentelijke subsidiëring dus in een gemeentelijke subsidieverordening) is bepaald. Bovendien mogen zij slechts betrekking hebben op de wijze waarop, of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteiten worden verricht. Er moet derhalve een relatie kunnen worden gelegd tussen de subsidieverplichting en de activiteiten. Die re-

latie is bij topinkomensverplichtingen te indirect in de ogen van de ABRvS. Zij oordeelt consequent dat dergelijke verplichtingen weliswaar betrekking hebben op de medewerkers die de gesubsidieerde activiteit verrichten, maar in de kern niet zien op die medewerkers, maar op hun inkomen. Dat is een te ver verwijderd verband. Daarmee gaan deze verplichtingen de grenzen van art. 4:39 Awb te buiten en dus zijn de bepalingen waarop zij berusten onverbindend. De ABRvS vindt daarbij overigens de Commissie van Aanbestedingsexperts aan haar zijde, die onlangs oordeelde dat een contractvoorwaarde die inhield dat er een korting zou plaatsvinden op de vergoeding voor geleverde WMO-zorg bij overschrijding van de normen uit de Wet Normering Topinkomens (WNT) onvoldoende verband hield met het voorwerp van de opdracht (zie advies 415).

5. Dat de ABRvS zeer serieus omgaat met de waarborgen die de Awb-wetgever heeft willen scheppen op het gebied van de oneigenlijke subsidieverplichtingen bleek het meest duidelijk uit ECLI:NL:RVS:2017:1774 (*CINOP Global B.V.*), AB 2017/248, m.nt. W. den Ouden). In die casus was een topinkomensverplichting verpakt als 'dremplcriterium' om voor subsidie in aanmerking te kunnen komen. Hoewel art. 4:39 Awb in die zaak dus niet van toepassing was past de Afdeling via art. 3:3 Awb (het verbod van détournement de pouvoir) dezelfde eisen toe van een wettelijke grondslag en 'voldoende verband' tussen de gehanteerde weigeringsgrond en het doel waarvoor de subsidie zou kunnen worden toegekend. Zo werd duidelijk dat weigeringsgronden voor subsidieverstrekking via de band van art. 3:3 Awb aan dezelfde eisen moeten voldoen als subsidieverplichtingen op grond van art. 4:39 Awb, ook al is dat voor weigeringsgronden niet met zoveel woorden vastgelegd in de subsidiëtitel van de Awb. Ook de weigeringsgrond inzake topinkomens kon die horden niet nemen en werd derhalve onverbindend verklaard.

6. Onder die omstandigheden was het onwaarschijnlijk dat de subsidieverplichting die GS aan DHG had opgelegd wél aan de eisen van art. 4:39 Awb zou voldoen. Probleem was echter dat DHG dit punt niet aan de orde leek te kunnen stellen wegens de onaantastbaarheid van de verleningsbeschikking waarin de verplichting was geconcretiseerd. Al vaker is in de literatuur aan de orde gesteld hoe onredelijk de leer van de formele rechtskracht hier kan uitpakken. Er zijn maar weinig subsidieontvangers die er veel voor voelen om op te komen tegen een verleningsbeschikking, die de basis vormt van hun relatie met de subsidieverstrekkende en de grondslag voor voorschotverlening (zie art. 4:95 Awb) op de enkele basis dat die beschikking een voorwaarde of

verplichting bevat die ten nadele van hen zou kunnen uitpakken ten tijde van de subsidievaststelling. Vaak is zo'n voorwaarde of verplichting (zoals in casu) niet heel helder geformuleerd of is op het moment van subsidieverlening nog niet duidelijk of aan de voorwaarde of verplichting zal (kunnen) worden voldaan. Dat de subsidieontvanger in dergelijke gevallen kiest voor overleg met het bestuursorgaan (zoals in casu gebeurde) blijkt de rechtbankuitspraak) of voor afwachten tot het moment waarop blijkt dat de voorwaarde of verplichting überhaupt relevantie heeft, lijkt een redelijke opstelling, maar is (of was?) juridisch gezien uiterst onverstandig. De Afdeling oordeelde in die gevallen immers dat de formele rechtskracht van genomen subsidiebesluiten eraan in de weg staat dat op een later moment nog een oordeel wordt gegeven over de rechtmatigheid van daarin opgenomen voorwaarden en verplichtingen. Tussen subsidieverstrekkende en ontvanger heeft te gelden wat in die onaantastbare besluiten is vastgelegd. Dat gold ook in gevallen waarin uit andere procedures onomstotelijk was komen vast te staan dat die voorwaarden of verplichtingen niet rechtmatig in die subsidiebesluiten waren opgenomen (zie ABRvS 2 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5506, AB 2007/96, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden).

7. Als gezegd vaart de ABRvS in deze zaak een andere koers. Daarbij wordt geen woord gewijd aan deze eerdere, ook door de rechtbank aangehaalde jurisprudentie. In r.o. 5 stelt de Afdeling simpelweg vast dat het college art. 15 Subsidieregeling bij het nemen van het lagere vaststellingsbesluit en bij de beslissing op bezwaar 'heeft toegepast'. Nu deze bepaling aan de besluitvorming ten grondslag is gelegd, is de rechtbank ten onrechte niet toegekomen aan de beantwoording van de vraag of het college op grond van deze bepaling bevoegd was de subsidie lager vast te stellen. Zij meent op die grond dat de rechtbank wel had moeten beoordelen of aan het algemeen verbindende voorschrift verbindende kracht moet worden ontzegd. Vervolgens komt de Afdeling zelf tot het oordeel dat art. 15 Subsidieregeling 'in strijd is met de artikelen 4:38, eerste lid, en 4:39 van de Awb en daarom onverbindend. De subsidie kon derhalve niet met toepassing van artikel 15 lager worden vastgesteld'.

8. Deze overweging valt lastig te plaatsen in het subsidierecht en in het algemeen bestuursrecht, laat ik daar geen doekjes om winden. Subsidies kunnen ingevolge art. 4:46 Awb lager worden vastgesteld als niet aan de subsidieverplichtingen is voldaan: van die bevoegdheid is in casu gebruik gemaakt. Art. 15 Subsidieregeling vormt de basis van een subsidieverplichting die is opgenomen in de eerdere beschikking tot subsidieverlening en

die is onaantastbaar geworden. Voor toetsing van art. 15 was tot op heden op basis van de leer van de formele rechtskracht geen plaats meer. Dat de ABRvS toch aan een toetsing toekomt lijkt te wijzen op een (nieuwe) uitzondering op deze leer.

Of de uitspraak zo is bedoeld betwijfel ik, niet in de laatste plaats omdat de Afdeling in r.o. 6 juist benadrukt dat de rechtbank terecht van de rechtmatigheid van de bij de subsidieverlening opgelegde verplichtingen is uitgegaan. Waarom dient dan de eventuele onrechtmatigheid van die verplichtingen toch te worden getoetst? In het vervolg van r.o. 6 komt de aap uit de mouw: de beschikking tot subsidieverlening is weliswaar onaantastbaar, maar het feit dat deze onrechtmatige elementen bevat kan (en moet in casu) worden meegewogen bij het nemen van het besluit tot het lager vaststellen van de subsidie op grond van art. 4:46 Awb. Die bepaling bevat immers een discretionaire bevoegdheid en bij gebruikmaking daarvan dient steeds het evenredigheidsbeginsel in acht te worden genomen. Het is een creatieve benadering, maar dat de uitspraak hier wringt met eerdere jurisprudentie is evident. Hoe 'onaantastbaar' ook, onderdelen van de verleningsbeschikking worden hier getoetst op rechtmatigheid en de vastgestelde onrechtmatigheid wordt vervolgens meegewogen in de evenredigheid van een later vaststellingsbesluit.

9. Na deze opvallende manoeuvre (die overigens lijkt op de aanpak die de CRvB eerder hanteerde in een geschil over de terugvordering van bijzondere bijstand, zie ECLI:NL:CRVB:2014:3625, AB 2015/398, m.nt. Sewandono) wekt het geen verbazing dat de Afdeling de gemaakte belangenafweging in strijd acht met art. 3:4, lid 2 Awb. GS hebben daarbij ten onrechte veel waarde gehecht aan de formele rechtskracht van de verleningsbeschikking. "Van belang daarbij is dat het hier gaat om een verplichting die zijn grondslag vindt in een bepaling die zijn grondslag vindt in een bepaling die onverbindend is te achten", aldus de Afdeling. Het belang dat publieke middelen niet worden besteed aan hoge DHG-salarissen behoort tot de categorie inkomenspolitiek en dat argument mag daarom bij de belangenafweging over de terugvordering van subsidiegelden geen rol spelen. Wat GS wel hadden moeten meewegen is o.a. het feit dat er in de WNT een hoger bezoldigingsmaximum is opgenomen dan GS hanteerden op grond van de Subsidieregeling en dat de WNT een overgangsregeling bevat met het oog op het voorkomen van ongerechtvaardigde inbreuken op het eigendomsrecht. De beslissing op bezwaar wordt dus vernietigd en GS moeten opnieuw beslissen over de subsidievaststelling. De Afdeling voorziet derhalve niet zelf in de zaak. Kennelijk is het haar niet helemaal duidelijk op welk bedrag de subsidie moet worden vastgesteld als de onrechtmatige subsidieverplichting daarbij niet wordt meegenomen.

10. Laat ik voorop stellen dat het resultaat van deze uitspraak aansprekend is. In de afgelopen jaren is gebleken dat regelgevers en bestuursorganen ondanks het feit dat sinds 1 januari 2013 de WNT (ook) een maximum stelt aan de bezoldiging van topfunctionarissen van gesubsidieerde instellingen (zie art. 1:3 lid 1 onderdeel c), allerlei verdergaande maatregelen treffen. Dit doen zij omdat zij bijvoorbeeld de WNT-normbedragen en percentages nog te hoog vinden of de overgangstermijnen te lang. Daardoor is een veelheid aan uiteenlopende regelgeving ontstaan die het leven van landelijk werkende gesubsidieerde instellingen, die eerder gemaakte salarisafspraken moeten respecteren, heel lastig maakt. Dat subsidiërende bestuursorganen bij een beslissing over al dan niet terugvorderen van subsidies rekening moeten houden met die omstandigheden is een goede zaak. Belangrijker nog vind ik dat in deze uitspraak de leer van de formele rechtskracht binnen het subsidierecht op een belangrijk punt wordt versoepeld. Dat een subsidieontvanger consequent werd afgerekend op het feit dat hij niet was opgekomen tegen een beschikking tot subsidieverlening, ook wanneer die beschikking evident onrechtmatige bepalingen bevatte en er geen belangen van derden speelden, viel nauwelijks uit te leggen. De rechtszekerheid – een belangrijk argument voor het hanteren van de leer van de formele rechtskracht speelt daar immers maar een beperkte rol. Bovendien leidt het zonder meer vasthouden aan de formele rechtskracht van eerdere beschikkingen in ketenbesluitvorming soms tot procedeedwang voor burgers en tot strategisch gedrag van bestuursorganen (zie voor een aansprekend voorbeeld ECLI:NL:RVS:2013:1569, AB 2014/258, m.nt. W. den Ouden over een in een verleningsbesluit 'verstopt' beëindigingsbesluit dat daardoor onaantastbaar werd). Maar juist op dit laatste punt had ik graag wat meer duidelijkheid gekregen. Kunnen vaststellingsbeschikkingen nu steeds met succes worden aangevochten op grond van 'missers' in eerdere subsidiebeschikkingen? Wordt via de u-bocht van de evenredigheidstoets de leer van de formele rechtskracht van eerdere besluiten versoepeld en zo ja, geldt dat alleen in het subsidierecht? Een onlangs in dit blad becommentarieerde uitspraak (ECLI:NL:RVS:2017:2547, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders) waarin het ging om de invordering van een dwangsom op grond van een onaantastbaar geworden besluit tot opleggen van een last onder dwangsom doet vermoeden dat er hier sprake is van een bredere tendens. In die casus was in andere procedures vast komen te staan dat van een overtreding geen sprake was en in dat licht achtte de Afdeling het niet redelijk dat B&W van hun bevoegdheid tot invorderen van de dwangsom gebruik maakten, ondanks het feit dat het besluit tot opleggen van de last onder dwangsom in casu on-

aantastbaar was geworden. Betekent dit dat voortaan in meer situaties van 'ketenbesluitvorming' de onrechtmatigheid van eerdere besluiten aan de orde kan worden gesteld en zo ja, in welke gevallen dan precies?

Antwoord op dergelijke, voor de rechtspraak zeer belangrijke vragen kunnen op basis van deze uitspraak nog niet worden gegeven. Wordt vervolgd dus...

W. den Ouden

AB 2017/423

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

11 oktober 2017, nr. 201700630/1/A2
(Mr. G.T.J.M. Jurgens)
m.nt. L.J.A. Damen

Art. 7:12 Awb; art. 5, 170 WvW 1994

ECLI:NL:RVS:2017:2740

Onrechtmatig parkeren voor een nooduitgang? Apart parkeerverbod nodig? Geen finaliteit.

Het college heeft aan de toepassing van bestuursdwang ten grondslag gelegd dat het voertuig in strijd met art. 5 WvW 1994 was geparkeerd voor een nooduitgang en dat wegslepen van het voertuig noodzakelijk was in het belang van de veiligheid op de weg. Aan de hand van de door appellante A en appellante B ter zitting getoonde foto's is komen vast te staan dat zich achter het hek waarop het bord met de aanduiding nooduitgang is bevestigd een personenuitgang bevindt. De nooduitgang is gelet hierop geen doorgang voor voertuigen van hulpdiensten maar een vluchtweg voor personen. Het voertuig stond op enige afstand van het hek geparkeerd waardoor het deze vluchtweg niet blokkeerde. Doordat het voertuig op een uitrit stond geparkeerd leverde het evenmin gevaar of hinder voor het doorgaande verkeer op de weg op. Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het voertuig in strijd met art. 5 WvW 1994 was geparkeerd en dat het college bevoegd was om in het belang van de veiligheid op de weg bestuursdwang toe te passen. Dat, zoals het college ter zitting heeft gesteld, de hulpdiensten zo dicht mogelijk bij het hek moeten kunnen parkeren geeft geen aanleiding voor een ander oordeel, omdat een dergelijk belang niet wordt beschermd door art. 170 lid 1 aanhef en onder a WvW 1994.

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 8:51d van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) op het hoger beroep van:

appellante A en appellante B, te Amsterdam, appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 9 december 2016 in 16/4001 in het geding tussen:

appellante A en appellante B
en

het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam.

Procesverloop

Bij besluit van 8 januari 2016 heeft het college bestuursdwang toegepast door het voertuig van appellante B met kenteken 001 (hierna: het voertuig) weg te slepen en in bewaring te stellen.

Bij besluit van 4 mei 2016 heeft het college het door appellante A en appellante B daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 9 december 2016 heeft de rechtbank het door appellante A en appellante B daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben appellante A en appellante B hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 14 augustus 2017, waar appellante B, bijgestaan door mr. H.J.J. Hendrikse, advocaat te Amsterdam, vergezeld door gem., appellante A, vertegenwoordigd door voornoemde personen, en het college, vertegenwoordigd door mr. R.J.M. Peeters, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Het college heeft het voertuig weggesleept en in bewaring gesteld, omdat het blijkens het proces-verbaal van 8 januari 2016 en de bijgevoegde foto's stond geparkeerd voor een nooduitgang die op last van de brandweer dag en nacht vrijgehouden dient te worden, aan de Uiterwaardenstraat, ter hoogte van nummer 10, in Amsterdam.

2. Het college heeft zich in het besluit van 4 mei 2016, onder verwijzing naar het advies van de bezwaarschriftencommissie, op het standpunt gesteld dat het voertuig op juiste gronden is weggesleept. Het voertuig stond in strijd met artikel 5 van de Wegenverkeerswet 1994 (hierna: de WvW 1994) geparkeerd voor een nooduitgang die op last van de brandweer dag en nacht vrijgehouden dient te worden. Dat er sprake is van een nood-