RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE VIIe KAMER

A R R E S T

nr. 247.144 van 26 februari 2020
in de zaak A. 230.164/VII-40.759

In zake: de BVBA I-FIRE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom Huygens en Roy Vander Cruyssen
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57-59
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Energie, Leefmilieu en Duurzame ontwikkeling
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jürgen Vanpraet en Ruben Veranneman
kantoor houdend te 8820 Torhout
Oostendestraat 306
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 februari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "Het proces-verbaal van terugneming van de markt dd. 22.01.2020, genomen in toepassing van artikel 16, §1, 2e alinea van de wet van 21 december 1998, met betrekking tot het verwarmingsapparaat van het merk I FIRE I GREEN, model D 69/52, met een vermogen van 8 kW wegens overtreding van artikel 4, §1, 1° van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 tot regeling van de minimale eisen van rendement en emissieniveaus van verontreinigende stoffen voor verwarmingsapparaten voor vaste brandstoffen.

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 februari 2020, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Huygens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Jürgen Vanpraet en Ruben Veranneman, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Peter Provoost heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Gegevens van de zaak

3.1. De verzoekende partij is fabrikant van en groothandelaar in verwarmingstoestellen, waaronder houtkachels.

3.2. Voor het op de markt brengen van houtkachels gelden federale productnormen, vastgelegd in het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 tot regeling van de minimale eisen van rendement en emissieniveaus van verontreinigende stoffen voor verwarmingsapparaten voor vaste brandstoffen (hierna: koninklijk besluit van 12 oktober 2010).

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

Deze verwarmingstoestellen mogen overeenkomstig artikel 4, § 1, enkel op de markt gebracht worden als ze voldoen aan de in het besluit bepaalde rendementsniveaus en emissiewaarden van verontreinigende stoffen, en ze moeten door de fabrikant voorzien zijn van de verklaring van overeenstemming bedoeld in artikel 6, waarin onder meer moet worden verwezen naar het beproevingsverslag. Artikel 7 schrijft voor dat wanneer de overheid de overeenstemming van de verwarmingstoestellen wil controleren, de fabrikant twee toestellen ter beschikking dient te stellen. De beproeving in het laboratorium gebeurt op het eerste toestel. Indien er daarna nood is aan een tegenexpertise gebeurt die op het tweede toestel.

3.3. Overeenkomstig artikel 4, § 2, worden de rendementsniveaus en emissiewaarden van verontreinigende stoffen gemeten en berekend volgens de normen vermeld in de bijlage I en bijlage II. Voor de inzetkachels waar het in deze vorderingen om gaat is dat de norm NBN EN 13229. Dergelijke norm is een door een erkende normalisatie-instelling vastgestelde technische specificatie voor herhaalde of voortdurende toepassing, waarvan de naleving niet verplicht is (artikel I.9 van het Wetboek van Economisch recht). Normen geven de regels van goed vakmanschap weer die, op het ogenblik dat ze worden aangenomen, gelden voor een bepaald product, een bepaald procedé of een bepaalde dienst. De naleving ervan gebeurt op vrijwillige basis, tenzij de naleving ervan is opgelegd door een wettelijke, reglementaire of contractuele bepaling (artikel VIII.1 van het Wetboek van Economisch recht). De Staat en alle andere publiekrechtelijke personen kunnen refereren aan de door het Bureau voor Normalisatie gepubliceerde normen door een eenvoudige verwijzing naar de referte van deze normen (artikel VIII.2 van het Wetboek van Economisch recht).

3.4. Artikel 16 , § 1, van de wet van 21 december 1998 betreffende de productnormen ter bevordering van duurzame productie- en consumptiepatronen en ter bescherming van het leefmilieu, de volksgezondheid en de werknemers luidt:

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

"De statutaire of contractuele personeelsleden, bedoeld in artikelen 15, § 1, eerste lid, 15quater, eerste lid en 15quinquies, eerste lid, kunnen bij administratieve maatregel de producten waarvan zij vermoeden dat zij niet beantwoorden aan de bepalingen van een krachtens deze wet genomen besluit, of van een uitvoeringsmaatregel genomen in het kader van de Richtlijn 2009/125/EG, of van een verordening van de Europese Unie die opgenomen is in de bijlage I, tegen ontvangstbewijs of bewijs van verzegeling tijdelijk in bezit nemen of verzegelen voor een termijn door de Koning bepaald, teneinde ze aan een controle te onderwerpen. Deze tijdelijke inbezitneming tegen ontvangstbewijs voor onderzoek wordt gelicht op bevel van het statutair of contractueel personeelslid die het product [tegen ontvangstbewijs] tijdelijk heeft in bezit genomen voor onderzoek, of ten gevolge van het verstrijken van de termijn.

Deze statutaire of contractuele personeelsleden kunnen de producten die niet conform zijn met de in uitvoering van deze wet genomen besluiten, met de uitvoeringsmaatregelen genomen in kader van de Richtlijn 2009/125/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energiegerelateerde producten of met de verordeningen van de Europese Unie die opgenomen zijn in bijlage I, in beslag nemen, verzegelen of kunnen eisen deze producten van de markt terug te nemen.

De producten, voorwerp van een voorlopige maatregel als bedoeld in artikel 5, §§ 3, 4, en 5, of van een tijdelijke inbezitneming als bedoeld in het eerste lid of van een bestuurlijke maatregel bedoeld in het tweede lid, worden in het geval van dwingende redenen van volksgezondheid en/of van leefmilieu vernietigd. Tot die vernietiging wordt besloten door al naargelang het geval de minister tot wiens bevoegdheid de Volksgezondheid behoort, de minister tot wiens bevoegdheid het Leefmilieu behoort of de door de Koning aangewezen ambtenaren. De Koning bepaalt de nadere regels voor het tijdelijk in bezit nemen, het bestuurlijk in beslag nemen, verzegelen, van de markt terugnemen, teruggeven of vernietigen van deze producten".

Artikel 15/1, § 1, van het koninklijk besluit van 2 juli 2014 tot regeling van de uitvoering van de controles op de toepassing van de wet van 21 december 1998 betreffende productnormen ter bevordering van duurzame productie- en consumptiepatronen en ter bescherming van het leefmilieu, de volksgezondheid en de werknemers bepaalt:

"De met de controle belaste ambtenaar die de terugneming van de markt beslist, overeenkomstig artikel 16, § 1, tweede lid, van de wet van 21 december 1998 stelt een proces-verbaal van terugneming van de markt op. Dat proces-verbaal bevat ten minste de volgende gegevens:

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

1° het feit dat de beslissing is genomen in toepassing van artikel 16, § 1, tweede lid van de wet van 21 december 1998;
2° de identificatie van de producten die van de markt worden gehaald;
3° de verplichtingen die de intrekkingsmaatregel meebrengen voor de overtreder, met name:
a) onmiddellijk stoppen met het op de markt brengen van het product; in het bijzonder onmiddellijk stoppen met het ter beschikking stellen aan derden en het ter beschikking aanbieden, door het onmiddellijk uit de etalages te halen;
b) zijn professionele klanten op de hoogte brengen van de intrekkingsmaatregel en van de modaliteiten voor de terugname van niet conforme producten; daartoe maakt de overtreder gebruik van het model van brief dat bij dit besluit is gevoegd; dit model wordt ook bij het proces-verbaal van terugneming van de markt gevoegd;
c) terugnemen van de producten bij zijn professionele klanten tegen terugbetaling;
d) de lijst van zijn professionele klanten en van zijn leveranciers bezorgen aan de met de controle belaste ambtenaren.
4° de termijn waarbinnen de persoon die het product op de markt brengt de in 3° opgesomde verplichtingen moet nakomen.
Krachtens § 2 van deze bepaling bezorgt de met de controle belaste ambtenaar, die de terugneming van de markt beveelt, een kopie van het proces-verbaal van terugneming van de markt aan de persoon die het product op de markt brengt. Deze overhandiging vindt persoonlijk tegen ontvangstbewijs plaats, per post of per e-mail, naar keuze van de met de controle belaste ambtenaar.
Luidens § 3 haalt de persoon die het product op de markt brengt het product van de markt binnen de termijn bepaald in de proces-verbaal van terugneming van de markt. Vervolgens brengt hij de met de controle belaste ambtenaren op de hoogte van de maatregelen die hij genomen heeft met betrekking tot de teruggehaalde producten om een einde te maken aan de niet-conformiteit".

3.5. De bestreden beslissing luidt als volgt:

"Historiek
In het kader van onze inspectiecampagne 2018-2019 op de controle van naleving van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 tot regeling van de minimale eisen van rendement en emissieniveaus van verontreinigende stoffen voor verwarmingsapparaten voor vaste brandstoffen, werden verschillende apparaten getest in het laboratorium. Op basis van de resultaten (proefrapport labo tegenanalyse 2019/0124/4/NL, bijlage 2) werd er voor het apparaat van het merk I FIRE D 69/52, een proces-verbaal van vaststelling van overtreding […] opgesteld wegens het niet conform zijn. Deze maakt het voorwerp uit van een aanvraag tot terugneming van de markt wegens het niet naleven van de rendementsniveaus en de waarden van de emissieniveaus van

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

verontreinigende stoffen Fase III van de tabel van bijlage I en bijlage II van het KB van 12 oktober 2010.
Vaststellingen
De beslissing tot terugneming van de markt is genomen in toepassing van artikel 16, § 1, 2de alinea, van de wet van 21 december 1998 en geldt voor het verwarmingsapparaat van het merk I FIRE, model D 69/52, met een vermogen van 8 kW.
Dit apparaat is in overtreding met artikel 4, §1, 1° van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 tot regeling van de minimale eisen van rendement en emissieniveaus van verontreinigende stoffen voor verwarmingsapparaten voor vaste brandstoffen wat betreft het volgende punt:
- De gemiddelde waarde van de gemeten emissies van koolmonoxide in het labo, zoals bepaald in bijlage I, fase III (in werking getreden 6 jaar na publicatie van het KB), in non continu gebruik, is 0.136% (in plaats van een waarde die ≤ 0,1% moet zijn, zie tabel van Bijlage I, maximale waarden van koolmonoxide emissies in overeenstemming met de normen Fase III van het KB voor de voorzetkachels - NBN EN 13240).
- De gemiddelde waarde van de gemeten deeltjes-emissies in het labo, zoals bepaald in bijlage II, fase III (in werking getreden 6 jaar na publicatie van het KB), in non continu gebruik, is 77 mg/Nm^3 (in plaats van een waarde die ≤ 40 mg/Nm^3 moet zijn, zie tabel van Bijlage II, maximale waarden van deeltjes emissies in overeenstemming met de normen Fase III van het KB voor de voorzetkachels - NBN EN 13240).
De intrekkingsmaatregel betreffende het bovenvermelde apparaat brengt volgende verplichtingen mee:
Gelieve onmiddellijk te stoppen met het op de markt brengen van het product; in het bijzonder onmiddellijk stoppen met het ter beschikking stellen aan derden en het ter beschikking aanbieden, door het onmiddellijk uit de etalages te halen;
Gelieve uw professionele klanten ten laatste 20 kalenderdagen na 22/01/2020 op de hoogte te brengen van de intrekkingsmaatregel en van de modaliteiten voor de terugname van niet conforme producten; hiervoor dient u het model van brief te gebruiken dat als bijlage is bijgevoegd;
Gelieve de producten bij uw professionele klanten ten laatste 90 kalenderdagen na 22/01/2020 terug te nemen tegen terugbetaling.
Gelieve ons ten laatste 20 kalenderdagen na 22/01/2020 de lijst van uw professionele klanten en van uw leveranciers te bezorgen".

3.6. Bij de eerste test werd het vereiste rendement van minimaal 75 % niet gehaald: er werd 72,32 % gemeten. Voor de uitstoot van CO werd met een meting van 0,082 % de grenswaarde van 0,1 % gerespecteerd; voor de uitstoot van stoffen werd met een meting van 37 mg/Nm^3 de grenswaarde van 40 mg/Nm^3 gerespecteerd. Bij de tegenexpertise voldeed de rendementsmeting van 75,49 % wel aan de vereiste, maar werd er voor de uitstoot van CO 0,136 % gemeten, en

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

voor de uitstoot van stoffen 77 mg/Nm^3, wat in beide gevallen een overschrijding van de grenswaarde inhoudt.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

V. Middelen

A. Eerste middel

Standpunten van de partijen

5. Schending van de rechten van verdediging en de hoorplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsook het zorvuldigheidsbeginsel, het onafhankelijkheidsbeginsel en de schending van de formele en materiëlemotiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: motiveringswet).

De verzoekende partij geeft volgende toelichting:

> "Het bestreden besluit schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen nu verzoekende partij voorafgaand aan het nemen van de bestreden maatregel niet de mogelijkheid heeft gekregen om zich te verweren of haar standpunt op een nuttige wijze over te maken, ondanks de uitdrukkelijke vraag daartoe en ondanks de vele fouten en onzekerheden in de gevolgde testmethodes en de daaruit voortvloeiende resultaten. De bestreden beslissing werd om

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

diezelfde redenen niet op een zorgvuldige wijze genomen en is niet afdoende gemotiveerd.
[…]
De aanvankelijke monstername vond plaats in mei 2019 en een navolgende pas in september 2019. De beslissing tot terugneming van de markt werd pas negen maand na de eerste monstername genomen! In deze periode werd welgeteld gedurende 2 dagen een effectief onderzoek uitgevoerd.
Na de kennisname op 27.12.2019 van de resultaten van de tegenexpertise heeft de verwerende partij nog eens bijna een maand gewacht om het bestreden bevel te nemen.
Er was bijgevolg meer dan voldoende tijd om aan verzoekende partij de mogelijkheid te bieden om haar standpunten kenbaar te maken.
Bijgevolg diende aan verzoekende partij de mogelijkheid geboden te worden om voorafgaand haar standpunt op een nuttige wijze kenbaar te maken omtrent de voorgenomen maatregel en de feiten (lees: onderzoeken) waarop deze maatregel gesteund wordt.
Bij het uitvoeren van de twee testen en bij het verwerken van de resultaten werden aanzienlijke fouten begaan. Bovendien bestaan er verschillende ernstige onzekerheden over de juistheid van de resultaten. Er bestond derhalve meer dan voldoende aanleiding om kennis te nemen van de standpunten van verzoekende partij dienaangaande.
De voornaamste fouten/problemen die gemaakt/gerezen zijn bij het testen en bij het verwerken van de resultaten zijn de volgende:
1. Te korte duurtijd van de testen
De testen werden uiteraard uitgevoerd op een nieuw (ongebruikt) toestel. In de wereld van de verwarmingstoestellen is algemeen geweten dat dergelijke toestellen tijd nodig hebben om zich te normaliseren (in het jargon: ‘zetten’) om vervolgens optimaal te kunnen functioneren. Pas na meerdere dagen van gebruik zal een verwarmingstoestel ideale resultaten afleveren qua rendement en emissies.
Het is voor verzoekende partij dan ook volstrekt onbegrijpelijk dat bij de voorliggende onderzoeken telkenmale slechts gedurende 1 dag getest werd, volkomen in strijd met de gebruikelijke wijze van testen.
[…]
2. Geen toepassing van een afwijkingstolerantie
Uit het KB Minimale Eisen blijkt dat de testen dienden te verlopen volgens de standaardnorm NBN EN 13229 (zie tweede middel). In het tweede middel wordt eveneens aangetoond dat deze aanvankelijke norm vervangen werd door de standaardnorm NBN EN 16510-1:2018, gepubliceerd in het Staatsblad op 16.10.2018 […], zodat in feite deze nieuwe norm diende toegepast te worden.
Beide standaardnormen bevatten evenwel een tabel getiteld ‘uncertainty of measurement’, vrij vertaald ‘onzekerheid van de meting’, waarin wordt aangegeven welke discrepanties er aanvaard worden op de metingen, ten gevolge van onnauwkeurigheid van het meettoestel. Bij standaardnorm NBN EN 13229 is dit tabel A.1 op p.35. Bij standaardnorm NBN EN 16510-1:2018 is dit tabel A.1 op p. 64.

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

[…]
Nergens in het bestreden besluit is enige motivering terug te vinden waarom deze tolerantiemarges niet werden toegepast.
3. Het feit dat de twee testen onderling zo verschillend zijn qua resultaten
[…]
De metingen zouden bijgevolg aantonen dat, daar waar het A-monster nog een rendement behaalde van 71,22%, het B-monster van het zelfde model wel degelijk een rendement behaalt van 75,49%. Hetgeen een enorm verschil uitmaakt en allerminst als ernstig, noch geloofwaardig kan worden beschouwd.
Dat er fouten mogelijk zijn bij de analyses van de verwarmingstoestellen mag onder meer blijken uit de opmerkingen, zoals genoteerd in het proefrapport van het model I FIRE I GREEN L 825/735. In dat proefrapport (2019/0123/3/NL, […] werd volgende opmerking geformuleerd:
[…]
Het is volstrekt onaanvaardbaar dat een terugroeping bevolen wordt op basis van resultaten van een laboratorium dat geen representatieve monsters kan garanderen.
Bovendien blijkt uit deze contra-expertise dat de uitstoot CO en uitstoot stoffen bij het B-monster plots dermate zouden zijn toegenomen dat het model niet beantwoordt aan de normen van bijlage I en II van het KB Minimale Eisen. Daar waar uit het conformiteitsattest nog een uitstoot van 0,090% blijkt, zou dit volgens de contra-expertise 0,136% bedragen en zou de uitstoot stoffen zelfs 3x (!) zo hoog liggen dan bij de conformiteitsverklaring…
Hieruit volgt dat verwerende partij noch omtrent het aspect van ‘rendement’, noch omtrent het aspect ‘uitstoot CO’, noch omtrent het aspect ‘uitstoot stoffen’ over twee resultaten beschikt waarvoor de uitkomst negatief zou zijn.
Gelet op het verschil van resultaten tussen de analyses van het A-monster en het B-monster, kan niet anders dan worden besloten dan dat een zorgvuldig handelend bestuursorgaan, geplaatst in dezelfde omstandigheden, niet zou overgaan tot het opstellen van een PV van overtreding en PV van terugneming van de markt en al helemaal niet zonder de betrokken fabrikant in deze te horen.
4. Ettelijke fouten in de procedure en de verwerking van de resultaten
- Op 22 juli 2019, twee maanden na monstername, werd pas een eerste analyse uitgevoerd op het A-monster. Verzoekende partij beschikt over geen enkele informatie over de transportwijze van dit A-monster, noch waar en de wijze waarop dit A-monster bij het ARGB-laboratorium in de periode tussen monstername en analyse werd opgeslagen. Hetgeen vermoedelijk aan de basis ligt van de ‘storingen’ die tijdens de testen op de aanvankelijke monsters werden ondervonden.
- Bij de eerste expertise was een ambtenaar van de FOD Volksgezondheid aanwezig blijkens het proefrapport (de heer M. Degaillier), terwijl verzoekende partij niet uitgenodigd was om aanwezig te zijn.

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

- In het schrijven dd. 21 november 2019 wordt gesteld dat de contra-expertise zou plaatsvinden conform de norm EN 14785, een norm die enkel geldig is voor verwarmingstoestellen gestookt met geperst hout (zogenaamde 'pellets').
- Ook in het PV van terugneming van de markt wordt op p. 2 verwezen naar een foute norm met name naar de norm EN 13240, van toepassing op voorzetkachels i.p.v. inzetkachels.
- Uit een mail dd. 19.12.2019 blijkt dat verwerende partij eenzijdig is tussengekomen in de verwerking van de resultaten van de contra-expertise […].

Uit dit alles blijkt dat de bestreden beslissing op een onzorgvuldige wijze tot stand gekomen is. Bovendien bevat het bestreden besluit geen enkele nuttige motivering die tegemoet komt aan de bovenvermelde fouten, onzorgvuldigheden en onzekerheden in de gevoerde onderzoeken. Evenmin zijn er hiervoor in het administratief dossier draagkrachtige motieven terug te vinden.

[…]

Aan verzoekende partij is […] ook geen enkele mogelijkheid geboden om op de verschillende hierboven aangehaalde punten haar standpunt te laten kennen.

Evenmin is er met deze punten op enige wijze rekening gehouden in de motivering van het bestreden besluit.

Verzoekende partij heeft evenmin de mogelijkheid geboden gekregen of het verzoek aan zijn adres gericht gekregen zich in regel te stellen, alvorens dermate drastische maatregel van PV van overtreding en PV van terugtrekking op de markt werd betekend.

Uit hetgeen voorafgaat mag genoegzaam blijken dat aan verzoekende partij geen enkele mogelijkheid is geboden om opmerkingen te formuleren op het dossier zoals het ter beoordeling voorlag van verwerende partij, teneinde op die wijze een voor hem ongunstige, geplande maatregel te proberen om te zetten in een gunstige beslissing.

Aangezien voorts mag blijken dat de uitgevoerde analyses geenszins afdoende blijken teneinde een zorgvuldig handelende overheid toe te laten een zorgvuldige, kennelijk niet onredelijke beslissing te laten nemen, zijn ook het zorvuldigheidsbeginsel en redelijkheidsbeginsel geschonden.

De door verzoekende partij ingeroepen artikelen en beginselen zijn bijgevolg geschonden".

6. De verwerende partij stelt daar in essentie het volgende tegenover:

"Vooreerst dient gewezen te worden op de omstandigheid dat de regelgeving voorziet dat verzoeker een tegenanalyse laat uitvoeren op het B-staal en de verzoekende partij ook van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.

[…]

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

Ook de tegenanalyse toonde aan dat het toestel niet conform was aan de vereisten die gesteld worden door het KB van 12 oktober 2010 en haar bijlage I en bijlage II. De omstandigheid dat beide testen onderling verschillen qua resultaten is geenszins relevant. Uit beide testen blijkt immers dat het toestel van het type I Green L825/735 niet voldoet aan de minimale eisen die zijn opgenomen in het KB van 12 oktober 2010 en haar bijlage I en bijlage II.
[…]
De grenswaarden in de bijlage I en bijlage II en de resultaten van de uitgevoerde testen zijn objectief en zijn niet afhankelijk van enige subjectieve beoordeling door de beslissingnemende overheid. Er bestaat in wezen dan ook geen beleidsvrijheid in hoofde van de beslissingnemende overheid bij het beoordelen van de vraag of het product al dan niet conform de vereisten van het KB van 12 oktober 2010. Zij kan niets anders dan constateren dat de toepasselijke grenswaarden overschreden zijn. Het horen van de verzoekende partij was daarom overbodig. Het bieden van de mogelijkheid om een tegenanalyse te laten uitvoeren, wat ook gebeurde, volstond in de gegeven omstandigheden.
[…]
De verzoekende partij betwist de inhoudelijke deugdelijkheid van de testen die uitgevoerd werden door het geaccrediteerd laboratorium.
Deze betwisting vergt een inhoudelijke beoordeling van de testen die door het laboratorium werden uitgevoerd, wat erop neerkomt dat Uw Raad het werk van het laboratorium zou overdoen.
Dit behoort evenwel niet tot de taak van Uw Raad. Een dergelijk middel leent zich er overigens hoe dan ook niet toe tot een prima facie beoordeling in het kader van een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijheid.
Louter ten overvloede kan nog op het volgende gewezen worden.
Waar de verzoekende partij aanvoert dat aanvankelijk bij het op de markt brengen van de houthaarden een positief keuringsattest werd afgeleverd, volstaat het erop te wijzen dat dit niet wegneemt dat de producten steeds aan de vereisten van het KB van 12 oktober 2010 moeten voldoen. In casu werd zowel wat het A, als het B-staal betreft vastgesteld dat dit niet het geval is.
Waar de verzoekende partij erop wijst dat het uitvoeren van testen steeds gepaard gaat met onzekerheden over de juistheid van de resultaten, dient erop gewezen te worden dat het onvermijdelijk is dat het uitvoeren van testen gepaard kan gaan met wetenschappelijke onzekerheid, en tolerantiemarges. Dergelijke wetenschappelijke onzekerheid wordt ingecalculeerd in de Europese normen (zo ook de EN 13229).
Waar de verzoekende partij erop wijst dat het resultaat van de testen van het A-staal en het B-staal verschillend zijn, volstaat het erop te wijzen dat beide stalen in strijd waren met de eisen van het KB van 12 oktober 2010. De omstandigheid dat de resultaten verschillen, toont overigens nog niet aan dat de testen onregelmatig zouden zijn. Het toont veeleer aan dat de toestellen van verzoekende partij van een wisselende kwaliteit zijn en de normen niet (steeds) halen. Uit de brief van 12 december 2019 die verzoeker stuurde aan de FOD Volksgezondheid en die verzoeker citeert op pg. 19 van het

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

verzoekschrift, blijkt overigens dat het toestel een verborgen constructiefout bevat.
'Het desbetreffende tweede toestel was behept met een verborgen constructiefout waarvan we tot op heden de dag van vandaag nog niet weten wat de oorzaak is.'
De verzoekende partij dient er evenwel over te waken -en is hier ook verantwoordelijk voor- dat elk product steeds voldoet aan de eisen van het KB van 12 oktober 2010.
Uit bovenstaande blijkt dan ook dat het bewuste product van verzoekende partij niet voldoet aan de eisen van het KB van 12 oktober 2010, wat zowel blijkt uit het onderzoek van het A-staal, als het B-staal en wat ook bevestigd wordt door verzoekende partij zelf.
De niet-conformiteit is voor eenvoudige constatering vatbaar. De mogelijkheid die aan verzoeker geboden werd om de tegenanalyse van het B-staal te laten uitvoeren volstond dan ook in het licht van de hoorplicht.
De hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur legt geen verdergaande verplichtingen op".

B. Tweede middel

Standpunten van de partijen

7. Schending van artikel 2, 1°, tweede streepje (eerste onderdeel) en 4° (tweede onderdeel), artikel 6 en bijlage I en II van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010, alsook het zorvuldigheidsbeginsel, het onafhankelijkheidsbeginsel en de schending van de formele- en materiëlemotiveringsplicht zoals vervat in artikel 2 en 3 van de motiveringswet.

De verzoekende partij geeft volgende toelichting:

"Het bestreden besluit schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen nu verzoekende partij dient vast te stellen dat de uitgevoerde analyses niet zijn uitgevoerd conform toepasselijke normering, terwijl deze duidelijke tolerantiemarges bevat die niet zijn toegepast en het bevel tot terugname van de markt aldus gestoeld is op niet correcte, onafhankelijke uitgevoerde onderzoeken. De bestreden beslissing werd om diezelfde redenen niet op een zorgvuldige wijze genomen en is niet afdoende gemotiveerd.
Toelichting van het tweede middel
Eerste onderdeel

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

Uw Raad zal samen met verzoekende partij willen vaststellen dat de norm NBN EN 13229 op heden evenwel niet meer geldig is en inmiddels werd vervangen.
In het Belgisch Staatsblad van 10 oktober 2018, werd namelijk in vervanging van de norm NBN EN 13229 een nieuwe norm NBN EN 16510-1:2018 gepubliceerd […]:
[…]
Bijgevolg zijn de uitgevoerde testen onwettig. Deze testen kunnen geen rechtsgeldige basis vormen voor het bestreden besluit tot terugneming van de markt.
[…]
Er wordt verwezen naar NBN EN 13240, die van toepassing is op voorzetkachels en bijgevolg niet op de inzetkachels die in onderhavig dossier worden geviseerd.
Het bestreden besluit tot terugneming van de markt is derhalve sowieso niet gebaseerd op een toetsing aan de correcte norm. Het bestreden besluit is op een onzorgvuldige wijze tot stand gekomen.
[…]
Tweede middelonderdeel
[…]
Het onderhavige dossier bevat […] geen enkele motivering waarom geen tolerantiemarges werden toegepast.
Derde middelonderdeel
[…]
Verzoekende partij stelt vast dat het onderzoek in casu niet op een onpartijdige, onafhankelijke wijze tot stand gekomen is.
De twee testen (de 1e expertise dd. 29.10.2019 en de contra-expertise dd. 11.12.2019) hadden door het laboratorium moeten uitgevoerd worden volgens de geldende norm (NBN EN 16510-1:2018), onafhankelijk, vrij van instructies en op de normale wijze waarop steeds getest wordt, dit wil zeggen gedurende meerdere dagen.
In plaats daarvan stelt verzoekende partij eerst en vooral vast dat bij de eerste meting een medewerkster van verwerende partij aanwezig was, m.n. de heer M. Degaillier.
Gelet op het feit dat het laboratorium geaccrediteerd is, is deze aanwezigheid onbegrijpelijk en onaanvaardbaar. Het uitvoeren van de metingen is een zuiver wetenschappelijke aangelegenheid waarbij het laboratorium geen instructies mag krijgen van de handhavende overheid. Deze overheid is immers niet geaccrediteerd volgens de ISO-norm 17025, het laboratorium wel!
De enige reden waarom een ambtenaar van de FOD Volksgezondheid aanwezig zou kunnen zijn, is om instructies te geven aan het laboratorium omtrent de wijze van onderzoek. Door dergelijke instructies is er niet langer sprake van een onafhankelijk en onpartijdig onderzoek. Dit is ook gebleken in de meetmethode van het laboratorium. Daar waar bij de keuring bij het op de markt brengen van de modellen van verzoekende partij door het betrokken labo steeds gedurende meerdere dagen gemeten werd, werd nu plotseling

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

gedurende slechts één dag gemeten. Deze wijziging van meetmethode kan enkel toegeschreven worden aan de instructies van de aanwezige ambtenaar van de FOD Volksgezondheid.
Op zijn allerminst zorgt deze aanwezigheid voor een schijn van partijdigheid en afhankelijkheid in hoofde van het laboratorium.
[…]
Het vormt allerminst een toonbeeld van een zorgvuldig en onafhankelijk laboratorium, wanneer een vervolgende instantie - in deze verwerende partij - inspraak heeft in zowel de beproevingsmethodes (zie ook eerste middel) alsook de opmaak van het finaal testrapport van een contra-expertise. De onafhankelijkheid van het laboratorium en de correctheid van de resultaten zijn bijgevolg compleet ongeloofwaardig.
Op basis van deze resultaten kon verwerende partij bijgevolg niet op zorgvuldige wijze tot de conclusie komen dat verzoekende partij toestellen op de markt zou brengen die niet in overeenstemming zouden zijn met de normen zoals vastgelegd in de bijlage I en II van het KB Minimale Eisen.
De door verzoekende partij ingeroepen artikelen en beginselen zijn dan ook op manifeste wijze geschonden".

8. De verwerende partij repliceert daarop als volgt:

"Zoals uit artikel 2, als uit de bijlage I en bijlage II bij het KB van 12 oktober 2010 blijkt aldus dat de norm NBN EN 13229 van toepassing is op inzetkachtels.
Bijgevolg diende ook de testen door het laboratorium uitgevoerd worden op basis van die norm, wat ook effectief gebeurde. Daartoe kan verwezen worden naar het proefrapport van het A-staal en B-staal dat gevoegd is als stuk 1, d) en e) van het administratief dossier:
'De tests worden uitgevoerd in overeenstemming met de testmethoden van de Europese norm EN 13229.'
[…]
De verzoekende partij voert in het onderdeel aan dat de norm NBN EN 13229 vervangen zou zijn door een nieuwe norm NBN EN 16510-1:2018.
Deze stelling is zoals hierboven aangegeven in strijd met het KB van 12 oktober 2010 waaruit duidelijk blijkt dat de norm EN 13229 van toepassing is in zijn recente versie.
[…]
Los nog van het feit dat uit het KB van 12 oktober 2010 duidelijk en ondubbelzinnig blijkt dat de norm EN 13229 van toepassing is om de verificatie van de overeenstemming van de eisen van bijlage I en II van dit KB na te gaan, dient erop gewezen te worden dat de voormelde passage uit het staatsblad een materiële vergissing bevat die het voorwerp heeft uitgemaakt van een rechtzetting.
In het Belgisch Staatsblad (pg. 472178) van 18 mei 2019 is volgende rechtzetting (erratum) verschenen hierbij:
'5. Erratum
In het Belgisch Staatsblad van 10 oktober 2018, op pagina 76845, dient de

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

vermelding over de vervanging van de normen NBN EN 12809:2001, 1e uitgave, NBN EN 12809/A1:2004, 1e uitgave, NBN EN 12815/2002, 1e uitgave, NBN EN 12815/A1:2005, 1e uitgave NBN EN 12815:2002, 1e uitgave 13229:2001, 1e uitgave, NBN EN 13229/A1:2003, 1e uitgave, NBN EN 13229/A2:2005, 1e uitgave, NBN EN 13240:2002, 1e uitgave en NBN EN 13240/A2:2005, 1e uitgave door NBN EN 16510-1:2018, te worden geschrapt. De normen NBN EN 12809:2001, 1e uitgave, NBN EN 12815:2002, 1e uitgave, NBN EN 12815/A1:2005, 1e uitgave, NBN EN 13229:2001, 1e uitgave, NBN EN 13229/A1:2003, 1e uitgave, NBN EN 13229/A2:2005, 1e uitgave, NBN EN 13240:2002, 1e uitgave en NBN EN 13240/A2:2005, 1e uitgave blijven geldig'.
Een erratum is tegenstelbaar met ingang van de bekendmaking ervan en werkt terug tot op de datum van de gerectificeerde tekst.
Hieruit blijkt dus dat de norm NBN EN 13229 hoe dan ook op heden nog steeds geldig is en toegepast moest worden. De testen vonden plaats op 22 juli 2019 […] en 11 december 2019 […], zodat aldus terecht toepassing werd gemaakt van de norm EN 13229.
[…]
2. Tweede onderdeel
[…]
Hoger, bij de weerlegging van het eerste onderdeel van het tweede middel werd reeds aangegeven dat de standaardnorm EN 13229 toegepast diende te worden.
De standaardnorm NBN EN 16510-1:2018 is niet van toepassing, zodat het middelonderdeel elke grondslag mist.
[…]
3. Derde onderdeel
Verzoekende partij maakt verder ook niet concreet aannemelijk dat het onpartijdigheidsbeginsel geschonden zou zijn. Inzake het onpartijdigheidsbeginsel wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen de persoonlijke of subjectieve onpartijdigheid enerzijds en de structurele of functionele onpartijdigheid anderzijds.
De verzoekende partij toont in dat verband niet aan dat de personen van het geaccrediteerde laboratorium dat de testen uitvoerden een persoonlijk en rechtstreeks belang zou hebben bij het uitvoeren van de testen. Evenmin toont de verzoekende partij aan dat de personen van het geaccrediteerde laboratorium, functioneel of structureel onpartijdig zou zijn.
Uit de omstandigheid dat tijdens de tests een personeelslid van de FOD Volksgezondheid aanwezig was (mevrouw Vercouter) of dat er correspondentie gevoerd wordt tussen het laboratorium en de FOD Volksgezondheid, blijkt verder geenszins dat de onpartijdigheid van de geaccrediteerde instelling aangetast is.
[…]".

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

Beoordeling

9. De hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur geldt in de eerste plaats bij betwistingen over maatregelen die werden genomen wegens door het bestuur negatief beoordeelde en aan de bestuurde verweten gedragingen. De maatregel in huidig beroep is niet ingegeven door gedragingen van de verzoekende partij, maar door de al dan niet correcte technische vaststelling dat de door haar op de markt gebrachte verwarmingstoestellen niet beantwoorden aan het vereiste rendementsniveau of aan de emissiewaarden van verontreinigende stoffen. Er werd op vraag van de verzoekende partij een tegenexpertise uitgevoerd. Deze labo-onderzoeken gebeuren door een daartoe erkend/geaccrediteerd labo en volgens een voorgeschreven methode. Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel dat voorschrijft dat de fabrikant moet worden gehoord om hem de kans te geven bezwaren te formuleren over de wijze waarop deze labo-onderzoeken verlopen.

10. Artikel 7 van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 schrijft voor dat wanneer de overheid de overeenstemming van de verwarmingstoestellen wil controleren, de fabrikant twee toestellen ter beschikking dient te stellen. De beproeving in het laboratorium gebeurt op het eerste toestel. Indien er daarna nood is aan een tegenexpertise gebeurt die op het tweede toestel. De vraag van de verzoekende partij om ook de tegenexpertise op het eerder geteste toestel uit te voeren kadert niet in de regeling van het koninklijk besluit. Dat het tweede toestel niet naar behoren leek te functioneren verandert daaraan niets, en de fabrikant moet zelf instaan voor de kwaliteit van elk toestel dat hij op de markt brengt.

11. Het doet er niet toe wat “algemeen geweten” zou zijn “in de wereld van de verwarmingstoestellen”, noch wat andere labo’s zouden doen. De testen dienen in overeenstemming te zijn met de toepasselijke norm.

12. De verzoekende partij verwijst naar een tabel met de “uncertainty of measurement”. Dit blijken tabellen te zijn over de vereiste nauwkeurigheid van de te gebruiken meettoestellen. De verzoekende partij leidt

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

daaruit op onduidelijke gronden af dat er aan de fabrikant een overeenkomstige tolerantiemarge moet worden toegestaan. De tabel bevat bovendien enkel een waarde voor de gemeten uitstoot van CO. Dat zou enkel relevant kunnen zijn voor het eerste beroep, maar de betreffende overschrijding bedraagt zes maal de door de verzoekende partij beoogde tolerantiemarge, en voor de uitstoot van stoffen bevat de tabel geen meetonzekerheid.

13. In het kader van het prima facie-onderzoek, eigen aan de vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de door haar naar voren gebrachte en beweerde fouten en tekortkomingen bij het testen en het verwerken van de testresultaten de geloofwaardigheid -en dus ook de wettigheid- van de vaststellingen hebben aangetast.

De verwerende partij toont op het eerste gezicht genoegzaam aan dat bij de testen en de beoordeling de "juiste" norm werd toegepast en de verzoekende partij slaagt er niet in aannemelijk te maken dat het laboratorium partijdig of niet onafhankelijk zou zijn geweest.

Beide middelen zijn niet ernstig.

14. Er is niet voldaan aan één van de voorwaarden van artikel 17, §1 en § 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Dit volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Bart Tettelin,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bart Tettelin	**Eric Brewaeys**

‡CGCUJBFAE-BEAJEEV‡