

# Product recall: hoe te wapenen tegen schadelijke gevolgen van een terugroepactie?

*Mr. L.F. Dröge en mr. Y.A. Rampersad\**

## 1 Inleiding

Het risico op het terugroepen en uit de markt halen van mogelijk onveilige of gevaarlijke producten is nationaal en internationaal een 'hot topic'. De combinatie van complexere productieprocessen, groeiende afzetmarkten, geavanceerdere onderzoeks- en testmethodes, verdergaande bevoegdheden voor toezichthouders en almaar strengere veiligheidsnormen en -regelgeving heeft ertoe geleid dat het aantal product recalls de laatste jaren alleen maar is toegenomen.

Een product recall is geen wettelijke term maar kan worden gedefinieerd als het geheel aan maatregelen dat erop gericht is te voorkomen dat 'onveilige producten' op de handelsmarkt of bij eindgebruikers komen en/of blijven.<sup>1</sup> De aard en omvang van vereiste maatregelen zullen per terugroepactie verschillend zijn. In sommige gevallen volstaat een enkele waarschuwing aan tussenhandelaren, maar vaak zal een producent zich geconfronteerd zien met een uiteenlopende hoeveelheid aan te nemen maatregelen, die enerzijds zien op het tegengaan van verder gebruik van het product en anderzijds op het terughalen van dit mogelijk onveilige product. Gedacht kan worden aan het onderzoeken en traceren van mogelijk onveilige producten, het terughalen van deze producten en het communiceren met diverse autoriteiten, experts, adviseurs, afnemers en de media. Het spreekt voor zich dat een product recall in dergelijke gevallen vaak aanzienlijke kosten met zich brengt. Een producent dient in die gevallen niet alleen rekening te houden met directe kosten – zoals kosten voor het onderzoek naar de omvang en oorzaak van de onveiligheid van het product, vervangingskosten en het terughalen en vernietigen van deze onveilige producten – maar ook met indirecte kosten (zoals gemiste omzet of kosten die verband houden met schade-

claims), negatieve publiciteit en, in het verlengde daarvan, jarenlange reputatieschade.<sup>2</sup>

Onderscheid kan worden gemaakt tussen een stille recall en een publieke recall. Bij een stille recall, in het internationale verkeer een *withdrawal* genoemd, wordt het mogelijk onveilige product uit de handelsketen genomen voordat het de eindgebruiker, de consument, heeft bereikt. Het product bevindt zich in dat geval bijvoorbeeld in het productieproces, in de opslag of bij tussenhandelaren, en is daarom voor producenten nog binnen handbereik.<sup>3</sup> In geval van een publieke recall heeft het onveilige product de consument al bereikt en dient het product in principe uit de handel te worden genomen, tenzij andere effectieve maatregelen – zoals gerichte waarschuwingen – mogelijk zijn die het risico volledig wegnemen. De schadelijke gevolgen van een stille recall zijn in de regel minder omvangrijk, omdat het product de eindgebruikers nog niet heeft bereikt. Daarnaast hoeft aan een stille recall vaak minder of zelfs helemaal geen ruchtbaarheid gegeven te worden, waardoor het bedrijf geen of beperkte reputatieschade oploopt.

Product recalls kunnen worden verdeeld in twee categorieën: *food* en *non-food*. In deze bijdrage richten wij ons op foodgerelateerde product recalls: terugroepacties van levensmiddelen die bestemd zijn voor consumptie door de mens. Op grond van Europese regelgeving is de producent verplicht zijn product uit de handel te nemen als hij, kort gezegd, meent dat zijn product niet voldoet aan de voedselveiligheidsvoorschriften. In deze bijdrage bespreken wij een aantal civielrechtelijke en met name verzekeringsrechtelijke aspecten van deze verplichting, die de laatste jaren op weinig aandacht in de juridische

\* Mr. L.F. Dröge is advocaat bij Houthoff Buruma. Mr. Y.A. Rampersad is Professional Support Lawyer bij Houthoff Buruma. De auteurs danken Huib Lebbing, advocaat bij Houthoff Buruma, voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Vgl. Chr.F. Kroes, Product recall. Enkele vermogensrechtelijke gezichtspunten, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2005, p. 33. Kroes definieert 'product recall' als 'het geheel van maatregelen dat erop is gericht onveilige producten terug te halen uit de handelsketen en bij de eindgebruikers'. Kroes maakt op dit punt een duidelijk onderscheid tussen een waarschuwende rol enerzijds en een actievere rol – het daadwerkelijk terughalen van producten – anderzijds.

2. Gedacht kan worden aan de salmonella-uitbraak door consumptie van besmette zalm in 2012 of de paardenvleesaffaire in 2013, waarbij paardenvlees als rundvlees werd verkocht.

3. Bij een stille recall is overigens niet per se vereist dat het product de eindgebruiker (nog) niet heeft bereikt; onder omstandigheden kan een stille recall ook afdoende zijn als eindgebruikers al wél over het product hebben kunnen beschikken. Gedacht kan daarbij worden aan die situaties waarin een producent met zekerheid kan vaststellen dat hij onverwijd met alle eindgebruikers in contact kan treden om de volledige batch onveilige producten tijdig terug te krijgen, of situaties waarin (de gevolgen van) een publieke recall in het licht van de verwaarloosbare mate van onveiligheid als disproportioneel kan worden beschouwd.

literatuur hebben kunnen rekenen. Na een uitwerking van deze wettelijke terugroepverplichting (par. 2) staan wij stil bij de vraag hoe voorafgaand, tijdens en na een product recall schadebepalende maatregelen kunnen worden genomen (par. 3). Wij staan uitgebreider stil bij de vraag op welke wijze een producent zich kan verzekeren tegen de schadelijke gevolgen van een product recall, in welk kader wij onder meer ingaan op het nut en de noodzaak van een aparte verzekering die de schadelijke gevolgen van een product recall dekt (par. 4). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 5).

## 2 Wettelijk kader

### 2.1 Achtergrondschets

Regelgeving rondom productveiligheid is door de jaren heen, met onder andere het verschijnen van de twee richtlijnen inzake algemene productveiligheid, duidelijk strenger geworden. Dit geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de afdwingbaarheid van een product recall. Onder de oude richtlijn uit 1992<sup>4</sup> konden producenten door nationale overheden niet worden gedwongen tot terugroepacties over te gaan. Uit onderzoek naar de werking van deze richtlijn door de Europese Commissie volgde de wenselijkheid van een effectievere richtlijn en verduidelijking, aanvulling en aanscherping van bepaalde bepalingen.<sup>5</sup> Onder de nieuwe richtlijn uit 2001<sup>6</sup> is aan de bevoegde nationale autoriteiten de bevoegdheid toegekend een product recall daadwerkelijk af te dwingen.<sup>7</sup>

Specifiek voor levensmiddelen is sinds 2002 de Algemene Levensmiddelen Verordening (ALV) van kracht.<sup>8</sup> De inwerkingtreding van de ALV heeft ertoe geleid dat voor (de productie van) levensmiddelen geen betekenis meer toekomt aan

de richtlijn van 2001.<sup>9</sup> De ALV van 2002 is van toepassing op alle stadia van de productie, verwerking en distributie van levensmiddelen en 'verschafft de grondslag voor een hoog beschermingsniveau voor de volksgezondheid en de belangen van de consument met betrekking tot levensmiddelen'.<sup>10</sup> De begrippen 'levensmiddel' en 'exploitant van een levensmiddelenbedrijf' zijn ruim gedefinieerd, waardoor de ALV een groot toepassingsbereik beslaat.<sup>11</sup> De belangrijkste verplichtingen op het gebied van product recall volgen uit art. 19 ALV, waarin onder meer wordt bepaald dat exploitanten van levensmiddelenbedrijven bepaalde levensmiddelen direct uit de handel moeten nemen als zij redenen hebben aan te nemen dat die levensmiddelen niet voldoen aan de voedselveiligheidsvoorschriften. Met name relevant zijn daarnaast art. 14 ALV, waarin wordt overwogen in welke gevallen een levensmiddel als 'onveilig' moet worden aangemerkt, en art. 18 ALV, dat bepaalt dat levensmiddelen in alle stadia van productie, verwerking en distributie traceerbaar moeten zijn. Laatstgenoemde verplichting rust overigens ook op importeurs die levensmiddelen niet zelf produceren, maar deze producten invoeren in de Europese Economische Ruimte.<sup>12</sup>

Regelgeving voor voedselveiligheid is door de jaren heen niet alleen strenger geworden, maar er is ook meer regelgeving tot stand gekomen voor specifieke onderwerpen op het gebied van voedselveiligheid.<sup>13</sup> Een voorbeeld hiervan is het in 2006 in werking getreden Europese Hygiënepakket, dat bestaat uit verschillende verordeningen over levensmiddelenhygiëne en de veilige productie van voedingsmiddelen.<sup>14</sup>

In Nederland is de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) belast met toezicht op naleving van wet- en regelgeving voor producenten, distributeurs en detailhandelaren van levensmiddelen. Als een bedrijf bij de NVWA melding maakt van een onveilig levensmiddel, gaat de NVWA na of het desbetreffende bedrijf voldoende maatregelen neemt en heeft genomen om directe of indirecte gezondheidsrisico's onder controle te krijgen. Indien dit nodig wordt geacht, zal de NVWA aanvullende maatregelen opleggen of nemen. Informatie over ernstige gezondheidsrisico's als gevolg van (consumptie van) levensmiddelen wordt via het Europese

4. Richtlijn 92/59/EEG van de Raad van 29 juni 1992 inzake algemene productveiligheid. Uit de nota van toelichting bij art. 6 lid 1 onder h van deze richtlijn (Stb. 1993, 499, p. 13) blijkt dat de richtlijn slechts ziet op het kunnen opleggen van een verplichting tot het terughalen van producten *in de handelsketen* en dus niet op het terughalen van producten die reeds bij eindgebruikers in het bezit zijn.

5. Vgl. Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 29 maart 2000 over de ervaring met de toepassing van de Richtlijn 92/59/EEG inzake algemene productveiligheid, COM(2000)140 def.; vgl. ook overweging 1 bij de Richtlijn 2001/95/EG, waarin wordt overwogen tot aanpassing van de oude richtlijn aan de hand van een verslag van de Commissie, vergezeld met passende voorstellen, over de opgedane ervaring.

6. Richtlijn 2001/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 december 2001 inzake algemene productveiligheid.

7. Zie art. 8 lid 1 sub f onder (ii) Richtlijn 2001/95/EG, geïmplementeerd in art. 21 Warenwet. Art. 2 sub g van deze richtlijn definieert het nieuwe begrip 'terugroepen' als: 'alle maatregelen om een gevaarlijk product dat een producent of distributeur al aan de consument heeft geleverd of beschikbaar gesteld, terug te nemen'. Op basis van deze nieuwe richtlijn kan een producent dus wel worden verplicht om over te gaan tot het terughalen van producten bij eindgebruikers.

8. Verordening (EG) 178/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden. De ALV wordt in het internationale verkeer tevens aangehaald als de 'General Food Law'.

9. Richtlijn 2001/95/EG is immers, zo volgt uit art. 1 lid 2, enkel van toepassing voor zover er in het kader van de communautaire voorschriften geen specifieke bepalingen bestaan die de veiligheid van die producten regelen en op hetzelfde doel gericht zijn.

10. Art. 1 lid 1 ALV.

11. Bij wijze van voorbeeld: onder 'exploitanten van levensmiddelenbedrijven' vallen niet alleen slachthuizen en vlees en vis bewerkende en verwerkende bedrijven, maar ook supermarkten, restaurants, enz. Zie S. Koopman, Zo nodig afdwingen; de NVWA-visie op recall, Waar en Wet 2015/113.

12. Zie in dit verband art. 6:187 lid 3 BW en S.Y.Th. Meijer, Verplichting tot product recall, MvV 2002, p. 95.

13. Vgl. C.E. Drion, Product recall, NJB 2016, p. 2665.

14. Zie hierover Koopman 2015. Zie nader over deze richtlijnen en verordeningen I. Scholten-Verheijen, T. Appelhof, R. van den Heuvel & B.M.J. van der Meulen, Roadmap to EU food law, Den Haag: Eleven International Publishing 2012. Zie ook Rb. Den Haag 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1417.

waarschuwingssysteem RASFF – Rapid Alert System for Food and Feed – onverwijld op Europees niveau gemeld.<sup>15</sup> Andere lidstaten en aangesloten staten worden op die manier snel en adequaat geïnformeerd over mogelijke gezondheidsrisico's van onveilige levensmiddelen. Meldingen worden verricht door per lidstaat aangewezen contactpunten, waarmee een juiste en snelle communicatie wordt bevorderd.<sup>16</sup> Deze meldingen worden onderverdeeld in waarschuwingkennisgevingen (*alert notifications*), informatieve kennisgevingen (*informative notifications*) en kennisgevingen van afkeuring aan de grens (*border rejection notifications*), waarbij geldt dat waarschuwingkennisgevingen met voorrang worden doorgegeven en behandeld.<sup>17</sup> Van dit Europese waarschuwingssysteem wordt intensief gebruik gemaakt.<sup>18</sup>

## 2.2 Verplichtingen op grond van de ALV

Exploitanten dienen ervoor te zorgen dat producten onder hun beheer voldoen aan de voorschriften van levensmiddelenwetgeving. Art. 14 ALV verbiedt het in de handel brengen van 'onveilige' levensmiddelen, waarbij een levensmiddel als onveilig wordt bestempeld als het ofwel schadelijk is voor de gezondheid, ofwel ongeschikt is voor menselijke consumptie. Een levensmiddel wordt als schadelijk voor de gezondheid beschouwd als het gebruik hiervan op korte of lange termijn een negatief effect heeft op de gezondheid van degene die het consumeert.<sup>19</sup> Een levensmiddel wordt als ongeschikt beschouwd als het onaanvaardbaar is voor menselijke consumptie, bijvoorbeeld als gevolg van contaminatie of bederf, zonder dat dit per definitie met een gezondheidsrisico gepaard gaat. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als het product bedorven is of een onaanvaardbare geur, kleur of smaak

heeft.<sup>20</sup> Ook levensmiddelen die van een onjuist of onvolledig etiket zijn voorzien, kunnen als ongeschikt of zelfs als schadelijk worden beschouwd.<sup>21</sup>

De onderverdeling van onveilige levensmiddelen in enerzijds schadelijke en anderzijds ongeschikte levensmiddelen kan vragen oproepen: op basis van de tekst van de ALV is bijvoorbeeld onduidelijk of deze begrippen kunnen overlappen en waarom een ongeschikt levensmiddel per definitie de vergaande kwalificatie onveilig krijgt.<sup>22</sup> Dit zorgt voor verwarring bij bedrijven en verzekeraars. Van der Meulen is hier terecht kritisch over en merkt op dat het vreemd is voedsel als juridisch onveilig te bestempelen als het niet per definitie schadelijk is.<sup>23</sup> Een levensmiddel hoeft niet schadelijk te zijn voor de menselijke gezondheid, maar kan alsnog worden aangemerkt als onveilig omdat het ongeschikt is voor menselijke consumptie.<sup>24</sup> Een schadelijk levensmiddel lijkt ons per definitie ook een ongeschikt levensmiddel.

Uitgangspunt onder de ALV is dat de verantwoordelijkheid bij de exploitant ligt om te bepalen of een onveilig levensmiddel schadelijk of ongeschikt is. Als sprake is van een schadelijk levensmiddel, of als dit wordt vermoed, dan dient dit onverwijld gemeld te worden bij de NVWA.<sup>25</sup>

15. Dit Europese veiligheidssysteem voor snelle waarschuwingen, crisismanagement en noodsituaties voor levensmiddelen en diervoeders vindt zijn wettelijke grondslag in art. 50 e.v. ALV. Voor 'non-foodproducten' bestaat een vergelijkbaar waarschuwingssysteem, namelijk het RAPEX (Rapid Alert System for Dangerous Non-Food Products).
16. In Nederland is de NVWA als contactpunt aangewezen. De Europese Unie en de Europese Vrijhandelsassociatie kunnen eveneens zelfstandig kennisgevingen onder het RASFF melden; als contactpunten zijn aangewezen de European Food Safety Authority respectievelijk de EFTA Surveillance Authority.
17. Voorschriften voor de procedure van doorgifte van deze verschillende soorten kennisgevingen zijn vastgelegd in Verordening (EU) 16/2011 van 10 januari 2011 tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen voor het systeem voor snelle waarschuwingen over levensmiddelen en diervoeders. In art. 51 ALV was in 2002 reeds overwogen dat de Europese Commissie overgaat tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen voor art. 50 ALV.
18. Ter illustratie: in 2015 zijn in totaal 3049 kennisgevingen via het RASFF gemeld. Het betrof 775 waarschuwingkennisgevingen, 392 vervolgekennisgevingen, 495 informatieve kennisgevingen en 1387 kennisgevingen van afkeuringen aan de grens. Een vervolgekennisgeving is een kennisgeving met aanvullende informatie in verband met een oorspronkelijke kennisgeving. Vanuit Nederland zijn door de NVWA in 2015 in totaal 259 kennisgevingen gemeld (RASFF annual report 2015, p. 11 en p. 32).
19. Gedacht kan worden aan een product waar onbedoeld (sporen van) pinda's in terecht zijn gekomen, hetgeen schadelijk kan zijn voor iemand met een pinda-allergie. Zie bijv. Rb. Rotterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5028, waarin het ging om visserijproducten waarvan niet kon worden aangetoond dat deze producten voor de duur van de houdbaarheid voldeden aan de grenswaarden, ten gevolge waarvan deze producten als schadelijk kwalificeerden.

20. Vgl. bijv. Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BH9824, in welke kwestie kazen gedeeltelijk beschimmeld waren en tekenen van verregaand bederf vertoonden. Rb. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4107, in welke kwestie sprake was van verkleuringen van het vlees en een zure onaangename geur, waardoor het product niet geschikt was voor menselijke consumptie, en Rb. Rotterdam 17 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6449, waarin werd geoordeeld dat door muizen aangevreten noedels niet geschikt waren voor menselijke consumptie.
21. Zie bijv. Rb. Rotterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3399, waarin op babymelkproducten vervalste etiketten werden geplaatst, hetgeen als schadelijk voor de gezondheid werd aangemerkt. Met de inwerkingtreding van de Europese Productinformatie Verordening (Verordening (EU) 1169/2011) en de intrekking van de voormalige Etiketteringsrichtlijn (2000/13/EG) zijn de vereisten die aan etikettering van voedingsmiddelen worden gesteld in 2014 verder aangescherpt.
22. Overlapping van deze categorieën speelde bijv. in Rb. Breda 21 april 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AW2805, waarin het ging om beschimmelde kazen met tekenen van verregaand bederf die tussen muizenutwerpselen lagen. Zie ook Rb. Rotterdam 17 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH8877, waarin de rechtbank niet nader ingaat op de begrippen 'ongeschikt' en 'schadelijk' en een en ander afdoet door te oordelen dat 'de partijen tonijn een gevaar opleveren voor de volksgezondheid' (r.o. 2.4) en Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5619, waarin het ging om een frisdrankadditief dat een te hoog gehalte arseen bevatte en daarom onveilig werd geacht.
23. B.M.J. van der Meulen, Recall, terugroepacties opgelegd door de overheid, Waar en Wet 2015/111 en B.M.J. van der Meulen, The Core of Food Law. A Critical Reflection on the Single Most Important Provision in All of EU Food Law, European Food and Feed Law Review 2012, p. 117-125. Ook kritisch over het onderscheid tussen 'schadelijk' en 'ongeschikt': H.A.J. Tevonderen, Het verzekeren van recall-risico's in de voedsel- en diervoederindustrie, Waar en Wet 2015/112.
24. Zie HvJ EU 11 april 2013, zaak C-636/11, NJ 2013/410 (Berger/Freistaat Bayern), r.o. 36. Zie over deze uitspraak ook C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, Productaansprakelijkheid en productveiligheid 2009-2013, TvC 2014, p. 74.
25. Dit volgt uit art. 19 lid 3 ALV en de Meldwijzer onveilige levensmiddelen van de NVWA.

Om onveilige producten direct uit de handel te kunnen nemen, is van belang dat levensmiddelen te allen tijde traceerbaar zijn. De uitdrukkelijke wens een ‘alomvattend systeem’ in te stellen om producten ‘op gerichte en nauwkeurige wijze uit de handel te nemen’ heeft mede geleid tot de vastlegging van verantwoordelijkheden voor voedselveiligheid in Europese regelgeving.<sup>26</sup> Art. 18 ALV bepaalt kort gezegd dat levensmiddelen, diervoeders en grondstoffen van levensmiddelen in alle stadia van de productie, verwerking en distributie traceerbaar moeten zijn. Exploitanten van levensmiddelen dienen te beschikken over systemen en procedures die deze traceerbaarheid waarborgen.<sup>27</sup> Zij moeten geproduceerde levensmiddelen in ieder geval één stap voorwaarts en één stap achterwaarts kunnen traceren en moeten dus, met andere woorden, kunnen nagaan door wie producten of grondstoffen zijn geleverd en aan wie producten of grondstoffen zijn doorgeleverd.<sup>28</sup> In het kader van de vereiste traceerbaarheid dienen in ieder geval de NAW-gegevens van kopers of verkopers, het afgenomen of geleverde product, de datum van levering en de afgenomen of geleverde hoeveelheid te worden bijgehouden.<sup>29</sup> De ALV bepaalt niet hoelang deze gegevens bewaard moeten blijven.<sup>30</sup>

De verantwoordelijkheid voor het inrichten van een gepast systeem van traceerbaarheid tijdens alle stadia van het productieproces rust op exploitanten van levensmiddelen. Een deugdelijk en gedetailleerd traceerbaarheidssysteem draagt bij aan het beperken van de schadelijke gevolgen van het uit de handel nemen van onveilige producten. Met een gedetailleerd systeem kan enerzijds worden voorkomen dat onnodig hoge kosten worden gemaakt omdat *te veel* levensmiddelen worden teruggehaald; anderzijds kan worden voorkomen dat consumenten onvoldoende bescherming genieten omdat *te weinig* onveilige levensmiddelen uit de handel zijn genomen. Bovendien geldt dat een stille recall onder omstandigheden voldoende kan zijn om onveilige levensmiddelen uit de handel te nemen, wanneer

met een gedetailleerd traceerbaarheidssysteem nauwgezet wordt bepaald waar die betreffende levensmiddelen zich in of buiten de productieketen bevinden. Daarnaast kunnen grote partijen levensmiddelen aan de hand van een gedetailleerd traceerbaarheidssysteem gemakkelijker worden opgeknipt in kleinere afzonderlijke leveringen of *batches*. Aangezien onder de ALV wordt aangenomen dat de aanwezigheid van één onveilig levensmiddel in een partij of zending inhoudt dat de rest van die partij of zending óók onveilig is, werkt dit eveneens schadebeperkend.<sup>31</sup> Het niet op orde hebben van de traceerbaarheid wordt exploitanten van levensmiddelen door toezichthoudende instanties aangerekend: niet-nakoming van de door de ALV verplicht gestelde traceerbaarheidsbepalingen kan leiden tot handhavend optreden van de NVWA. Een deugdelijk traceerbaarheidssysteem kan bovendien voorkomen dat de NVWA zich genoodzaakt ziet over te gaan tot het afdwingen van een totale recall op kosten van de exploitant van het betreffende levensmiddel.<sup>32</sup>

Art. 19 ALV bepaalt dat een exploitant van een levensmiddelenbedrijf maatregelen dient te nemen indien hij van mening is of redenen heeft aan te nemen dat een levensmiddel dat hij heeft ingevoerd, geproduceerd, verwerkt, vervaardigd of gedistribueerd, niet aan de voedselveiligheidsvoorschriften voldoet. De exploitant dient in dat geval onmiddellijk procedures in te leiden om het betrokken levensmiddel uit de handel te nemen wanneer dit de directe controle van de exploitant van een levensmiddelenbedrijf heeft verlaten en de bevoegde autoriteiten daarvan in kennis te stellen. Van belang is te realiseren dat deze verplichting rust op iedere exploitant in de handelsketen.

De maatregelen die een exploitant van een levensmiddelenbedrijf dient te nemen om aan de ALV te voldoen – art. 19 ALV refereert aan ‘uit de handel nemen’ – kunnen soms tijdens of kort na het productieproces worden genomen. Gedacht kan worden aan het uit de handel nemen van het levensmiddel voordat het de consument heeft bereikt (de *withdrawal*<sup>33</sup>). Indien het levensmiddel de consument echter al heeft bereikt, dient de exploitant van een levensmiddelenbedrijf de consumenten te waarschuwen op doeltreffende en nauwkeurige wijze en, als andere maatregelen niet voldoende zijn om een hoog niveau van gezondheidsbescherming te realiseren, de reeds aan consumenten geleverde producten terug te halen (*product recall*). Ook als een levensmiddel, dat nog in eigen beheer is of al verder is verhandeld, schadelijk *kan* zijn voor de menselijke gezondheid, dan dient hier melding van te worden gemaakt bij de NVWA.<sup>34</sup> Deze schadelijkheid hoeft niet te worden aangetoond: daarmee zou, zo is de achterliggende gedachte, het doel

26. Vgl. overweging 28 bij de ALV: ‘De ervaring heeft geleerd dat de werking van de interne markt voor levensmiddelen en diervoeders in het gedrang kan komen als het onmogelijk is levensmiddelen en diervoeders te traceren. Daarom moet er bij de diervoeder- en levensmiddelenbedrijven een alomvattend systeem worden ingesteld, zodat producten op gerichte en nauwkeurige wijze uit de handel kunnen worden genomen of de consumenten of controlefunctionarissen adequaat kunnen worden geïnformeerd, waardoor in geval van voedselveiligheidsproblemen een eventuele onnodige verdergaande verstoring wordt vermeden.’

27. Zie bijv. CBB 17 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:58. Het traceren kan lastig zijn, omdat grondstoffen voor levensmiddelen in de regel meerdere schakels in de distributieketen passeren. Zie uitvoerig over art. 18 ALV H. Heeres, Productverantwoordelijkheid in de levensmiddelenketen, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 61-72.

28. Heeres 2015, p. 62. Vgl. het Guidance document van de Europese Commissie van 26 januari 2010: Guidance on the Implementation of Articles 11, 12, 14, 17, 18, 19, and 20 of Regulation (EC) No. 178/2002 on General Food Law (hierna: het Guidance document GFL), p. 16, waarin de ‘één stap terug, één stap vooruit’-aanpak wordt beschreven.

29. Zie het Guidance document GFL, p. 20.

30. Zie het Guidance document GFL, p. 21, waarin wordt aangegeven dat in sommige gevallen wel bepaalde bewaartermijnen moeten worden aangehouden, zoals een periode van zes maanden na productie- of afleveringsdatum bij zeer bederfelijke producten die een houdbaarheidstermijn van minder dan drie maanden hebben.

31. Zie art. 14 lid 6 ALV en – ter illustratie – CBB 20 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:280.

32. Zie in dit verband CBB 17 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:58, waarin werd geoordeeld dat de traceerbaarheidsverplichting niet was nageleefd en dat de opgelegde totale recall in die gegeven situatie geen disproporcionele maatregel was.

33. Zie het Guidance document GFL, p. 24. Zie ook Koopman 2015.

34. Dit volgt uit de Meldwijzer onveilige levensmiddelen van de NVWA.

van deze bepaling – effectieve risicobeheersing door de NVWA – teniet worden gedaan.<sup>35</sup>

Bij twijfel over de vraag of onveilige producten ofwel onge-schikt, ofwel schadelijk zijn, en welke maatregelen vervolgens genomen moeten worden, zal de exploitant in overleg met de NVWA de risico's beoordelen en adequate maatregelen bepa-len. Uitgangspunt voor de manier waarop de NVWA toezicht houdt, is naar eigen zeggen: 'Zacht waar het kan, hard waar het moet.'<sup>36</sup> Aan de hand van door de NVWA opgestelde stan-daardformulieren meldt een bedrijf een onveiligheid bij de NVWA, waarna de NVWA beoordeelt of dit bedrijf voldoende maatregelen heeft genomen om het product uit de handel te nemen. Als dat het geval is, dan zal de NVWA de situatie vanaf dan enkel monitoren. Door zelf adequate maatregelen te nemen kan inmenging door de NVWA dus worden voorko-men. Het bedrijf houdt hierdoor zelf de regie in handen. Mogelijk levert dit minder negatieve publiciteit voor het pro-duct of voor het bedrijf op.<sup>37</sup> Maatregelen die in ieder geval moeten worden genomen, zijn het informeren van de leveran-cier(s) en de afnemer(s) en voorkomen dat het onveilige pro-duct in de handel blijft of komt. Ook dient te worden afge-sproken wat met de onveilige producten gaat gebeuren. Als een schadelijk product de consument heeft bereikt, dan zal in de regel een terughaalactie vereist zijn.<sup>38</sup> Als de NVWA oor-deelt dat onvoldoende maatregelen zijn genomen, dan zal zij eerder handhavend optreden. Hierbij kan worden gedacht aan het afdwingen van maatregelen met behulp van een last onder bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete.

### 3 Maatregelen ter beperking van schadelijke gevolgen van een product recall

Een product recall brengt in de regel aanzienlijke kosten met zich mee. Niet alleen kan hierbij worden gedacht aan de kos-ten voor het terughalen van de producten, maar bijvoorbeeld ook aan de kosten voor het waarschuwen van consumenten, het opzetten van een klantcontactcentrum en de vernietiging van de (mogelijk) onveilige producten. Daarnaast vormt gederfde winst doorgaans een grote schadepost en kunnen kosten gemoeid met het herstel van reputatie als schade wor-den aangeduid. Sterker, de gevolgen van een product recall kunnen de populariteit van een bepaald product of zelfs het voortbestaan van het bedrijf in gevaar brengen. Het is daarom zaak deze schade zo veel mogelijk te beperken. Hoewel elke recall op zich staat en elke crisissituatie om een andere aanpak vraagt, zal het treffen van een aantal algemene maatregelen

vóór, tijdens en ná een product recall over het algemeen de schadelijke gevolgen van een product recall beperken.

Schadebeperkende maatregelen worden bij voorkeur vooraf-geand aan een product recall genomen: een goed ingerichte organisatie kan de schadelijke gevolgen van een product recall aanzienlijk beperken doordat zij in staat is een terugroepactie snel, selectief en systematisch uit te voeren. Ondernemingen dienen duidelijke procedures op te stellen en te zorgen dat werknemers hiermee bekend zijn en hiernaar handelen. Het belang van een gedetailleerd systeem van traceerbaarheid is eerder in deze bijdrage al genoemd. Een systematische aanpak van een crisissituatie is daarnaast niet goed mogelijk zonder deugdelijk crisisplan. In dit crisisplan kunnen verschillende stappen van een terugroepactie worden vastgelegd aan de hand van een uitgewerkt draaiboek. Een deugdelijk crisisplan ver-meldt de samenstelling en taakverdeling van een crisisteam en bevat contactgegevens van interne en externe experts, toeleve-ranciers en afnemers, bevoegde autoriteiten (NVWA), media-woordvoerders, verzekeraars en/of verzekeringsmakelaars, juridisch adviseurs, schaderegelaars en overige partijen in de handelsketen. Uiteraard bevat het crisisplan ook gedetailleerde informatie over de oorsprong en samenstelling van de gebruik-te grondstoffen en de eindproducten, evenals concepten voor persberichten of advertenties die bij een ophanden zijnde pro-duct recall in allerijl moeten worden opgesteld.<sup>39</sup> Wanneer een bedrijf verschillende soorten levensmiddelen produceert, en in dat kader samenwerkt met verschillende toeleveranciers en afnemers, ligt het voor de hand verschillende versies van een draaiboek voor specifieke terugroepacties beschikbaar te stel-len, althans een draaiboek in te richten waarin duidelijk wordt gemaakt wat in geval van een recall de rol van elke schakel in het proces is. Door de werkbaarheid en effectiviteit van het crisisplan op reguliere basis te testen, en dergelijke audits uit-gebreid te evalueren, raken het crisisteam en de betrokken schakels in de keten vertrouwd met de aandachtspunten, risi-co's en valkuilen waar bij een daadwerkelijke product recall extra rekening mee gehouden dient te worden.

Een producent van levensmiddelen doet er daarnaast goed aan om, in nauw overleg met afnemers en verkopers van het eind-product, een werkbaar klachtensysteem in te richten. Aan de hand van een dergelijk klachtensysteem kunnen serieuze klachten over de kwaliteit van het product direct aan de pro-ductent worden doorgegeven, waardoor de producent in staat is – conform de op hem rustende verplichting van art. 19 ALV – onmiddellijk de procedures in te leiden om het betrok-ken levensmiddel uit de handel te nemen en de bevoegde auto-riteiten daarvan in kennis te stellen.

35. Zie ter illustratie Rb. Rotterdam 30 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3451, r.o. 3.2, Rb. Rotterdam 24 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8226 en Rb. Den Haag 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2245.

36. Zie Kamerstukken II 2015/16, 33835, 15, p. 1.

37. Hiervan kan sprake zijn omdat de NVWA geregeld actief naar buiten treedt (o.a. met publicaties op de website) naar aanleiding van oordelen en bevindingen na controle van productietekens.

38. Zie de Meldwijzer onveilige levensmiddelen van de NVWA.

39. Hierbij zij opgemerkt dat exploitanten van levensmiddelen en/of dier-voeders op grond van de Europese Hygiëneverordening (Verordening (EG) 852/2004) verplicht zijn voedselveiligheidsprocedures in te richten op basis van de principes van HACCP (Hazard Analysis and Critical Control Points). In de regel zullen voornoemde exploitanten daarom al beschikken over enige vorm van crisisplanning waarin beheersing van voedselveiligheidsgevaaren in de hele productieketen wordt geregeld.

Schadebeperkende maatregelen die tijdens een product recall genomen kunnen worden, hebben voornamelijk betrekking op het zo spoedig mogelijk achterhalen van de oorzaak van de (mogelijke) onveiligheid van het levensmiddel, de ernst daarvan, de mogelijke risico's bij consumptie en de omvang van de contaminatie. Het is niet ondenkbaar dat productieprocessen geheel stilgelegd moeten worden – met alle financiële gevolgen van dien – zolang de oorzaak, aard en omvang van de ontdekte onveiligheid niet zijn vastgesteld. De producent doet er verstandig aan niet alleen consumenten, maar ook werknemers, leveranciers en afnemers per omgaande op de hoogte te brengen. Aan de hand van het crisisplan en de interne procedures moet worden vastgesteld hoe de onveiligheid is ontstaan en aan de hand van het traceerbaarheidssysteem moet worden vastgesteld waar de mogelijk onveilige levensmiddelen zich binnen of buiten de directe controle van de exploitant van het levensmiddelenbedrijf bevinden. Als een levensmiddel het bedrijf heeft verlaten en (mogelijk) niet aan de voedselveiligheidsvoorschriften voldoet, dient de exploitant van het bedrijf onmiddellijk procedures in te leiden om het levensmiddel uit de handel te nemen en de NVWA in kennis te stellen. Het doel hiervan is dat de melding zo snel mogelijk wordt gedaan en ergere situaties kunnen worden voorkomen. De NVWA gaat in beginsel uit van een termijn van vier uur waarbinnen deze informatie bij haar gemeld moet worden, maar deze termijn is niet (wettelijk) vastgelegd.<sup>40</sup> Hierbij is het van belang direct een adequaat en gedetailleerd actieplan te kunnen presenteren, waarin onder andere de (gezondheids)risico's, de oorzaak, de aard en de omvang van de onveilige situatie uiteen worden gezet. Tevens moet in dit plan worden aangegeven op welke wijze de producent het levensmiddel uit de handel neemt en de consumenten hiervan op doeltreffende en nauwkeurige wijze op de hoogte stelt. Met een dergelijk actieplan kan het bedrijf laten zien dat het de situatie onder controle heeft en dat het bedrijf de regie in eigen handen kan houden. Inmenging door de NVWA kan in dat geval mogelijk worden voorkomen.

Het verdient aanbeveling de ingeschakelde experts en verzekeraar(s) nauw te betrekken bij het contact met de NVWA en de discussies ten aanzien van de vereiste maatregelen om het mogelijk onveilige product uit de handel te nemen en consumenten afdoende te informeren en te waarschuwen. Het is daarnaast van belang alle afspraken met de NVWA schriftelijk vast te leggen. Het antwoord op de vraag of verzekeraars de kosten vergoeden die verband houden met een product recall, kan namelijk afhangen van de specifieke instructies die door de NVWA zijn gegeven (waarover meer in par. 4).

Ook na afloop van een product recall kunnen schadebeperkende maatregelen worden genomen, zowel met het oog op het voorkomen of beperken van (verdere) reputatieschade als met het oog op de toekomst. De evaluatie van een pas uitgevoerde recall draagt bij aan de voorbereiding op een onver-

hoopte nieuwe terugroepactie. Het verdient aanbeveling kort na een product recall met betrokkenen bijeen te komen en de aanpak van begin tot eind te evalueren. Een dergelijke evaluatie dient zowel op productieniveau als op procesniveau plaats te vinden. Bij de evaluatie op productieniveau moet bijvoorbeeld worden beoordeeld hoe de onveiligheid van het levensmiddel is ontstaan en is ontdekt, hoe deze situatie voorkomen had kunnen worden en of het systeem van traceerbaarheid in de praktijk voldoende gedetailleerd en effectief blijkt. Bij de evaluatie op procesniveau moet bijvoorbeeld worden gekeken naar nut en noodzaak van getroffen maatregelen, de snelheid en systematiek waarmee de product recall is uitgevoerd, de wijze van contact met de betrokken toezichthouder en de effectiviteit van de wijze van communiceren met de diverse stakeholders. Indien de product recall ook invloed heeft gehad op de bedrijfsvoering van toeleveranciers en/of afnemers, kan het – mede vanuit commerciële motieven – raadzaam zijn deze handelsrelaties actief bij de evaluatie van de uitgevoerde product recall te betrekken. De uitkomsten van deze evaluatie moeten tevens worden meegenomen bij het actualiseren van het crisisplan en de verschillende draaiboeken.

Ook dient na de uitgevoerde product recall de schade te worden afgewikkeld. Onderdeel daarvan is de beoordeling van de vraag of, en zo ja, welke schade eventueel gedekt is onder een verzekeringspolis en de vraag of schade eventueel verhaald kan worden op een contractspartij of een derde partij. In het kader van het verhalen van schade dient de producent zich te realiseren dat de klachtplicht voorschrijft dat tijdig en op kenbare wijze wordt geklaagd. Reeds hierom dienen voornoemde vragen vaak al tijdens het proces van de product recall aan de orde te komen.

#### 4 Verzekeraarbaarheid van de schadelijke gevolgen van een product recall

Bij de bespreking van mogelijkheden tot beperking van schadelijke gevolgen van een product recall is een belangrijke rol weggelegd voor de beoordeling van de verzekeraarbaarheid van dergelijke schade. In de regel zijn de financiële gevolgen van aansprakelijkheid voor door derden geleden schade gedekt onder een reguliere Aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB). Hoewel productaansprakelijkheid over het algemeen meeverzekerd is op een AVB, geldt dat niet voor alle schade en kosten die verband houden met een product recall. Sterker, de praktijk leert dat vaak het overgrote deel van de schade en kosten niet gedekt is. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de verzekeraarbaarheid van product recall-gerelateerde schade, de verschillen tussen een AVB en een productcontaminatieverzekering (PCV)<sup>41</sup> en de bereidingsplicht voor verzekerden onder de AVB, op grond waarvan product recall-gerelateerde kosten in uitzonderingssituaties toch onder de AVB kunnen worden gedekt.

40. Kamerstukken II 2005/06, 30400, 2, p. 19. Zie ook Koopman 2015.

41. De productcontaminatieverzekering wordt ook wel aangeduid als CPI: Contaminated Product Insurance.

#### 4.1 De aansprakelijkheidsverzekering en de productcontaminatieverzekering

Een AVB verzekert bedrijven tegen personenschade en zaakschade: dekking bestaat in de regel bijvoorbeeld voor aansprakelijkheid voor schade van derden die is ontstaan door het consumeren van onveilige producten (letsel- of overlijdensschade) of aan zaken van derden. Andere vormen van schade vallen buiten de dekkingsomschrijving. Het grootste gedeelte van de schade die verband houdt met een product recall – schade aan het eigen product, kosten voor het terughalen van mogelijk onveilige producten, kosten voor herstel of vervanging van deze producten, gedeelde winst, enzovoort – bestaat uit vermogensschade die door de producent zelf wordt geleden. Deze kosten worden gekwalificeerd als ‘first party’-recallkosten en worden onderscheiden van de kosten die door afnemers en derden worden gemaakt: de ‘third party’-recallkosten. Beide typen schade kunnen onder een productcontaminatieverzekering voor vergoeding in aanmerking komen, terwijl ‘first party’-recallkosten in beginsel onder een reguliere AVB niet zijn gedekt. Bedrijven die werkzaam zijn in kwetsbare industrieën zoals de voedsel- of diervoederindustrie en die daarom het risico lopen vroeg of laat procedures in te moeten leiden om levensmiddelen uit de handel te nemen, doen er daarom goed aan de verzekeraar van dergelijke vermogensschade te onderzoeken.

Dekking van aan product recall-gerelateerde vermogensschade is over het algemeen op twee verschillende manieren mogelijk. In de eerste plaats bieden verzekeraars aan bedrijven de mogelijkheid de reguliere AVB uit te breiden met een recall clause. Op grond van deze clause kan onder de AVB ook dekking worden verleend voor ‘first party’-recallkosten of andere specifiek aan recall-gerelateerde (vermogens)schade. In de tweede plaats wordt een op zichzelf staande PCV aangeboden. Een dergelijke *stand alone* PCV wordt in het algemeen in aanvulling op de AVB afgesloten.<sup>42</sup>

Uitgangspunt bij productcontaminatieverzekeringen is dat gedekte schade wordt vergoed indien sprake is van contaminatie van het verzekerde product. Met contaminatie wordt bedoeld de verandering of verontreiniging van een (verzekerd) product, waardoor het product mogelijk ongeschikt of schadelijk is voor consumptie of het beoogde gebruik daarvan. Indien producten worden teruggeroepen zonder dat sprake is van contaminatie van die producten, zal de verzekeraar in beginsel dus geen dekking verlenen. Verzekeraars die dekking verlenen voor aan product recall-gerelateerde vermogensschade beperken de dekkingsomvang in de polisvoorwaarden daarnaast op verschillende manieren. Zonder duidelijke vaststelling van grenzen van dekking is de precieze omvang van vergoedbare recallkosten onduidelijk; met enig inlevingsvermogen kunnen verzekerden immers nagenoeg elke kostenpost aan een product recall toerekenen. Twee beperkingen van de dekkingsom-

vang zijn hier vanwege het bijzondere karakter het vermelden waard.<sup>43</sup> In de eerste plaats geldt dat, anders dan bij een AVB, in de polisvoorwaarden bij voornoemde recallclausules en in een PCV vaak gedetailleerd wordt weergegeven welke kosten wel en welke kosten niet onder de polisdekking vallen.<sup>44</sup> Daarnaast wordt in polisvoorwaarden vaak een ‘*governmental recall*’-clause opgenomen: hierin wordt vastgelegd dat slechts sprake is van een verzekerde gebeurtenis, en daarmee dekking onder de polis, indien de NVWA als bevoegde autoriteit een ambtelijk bevel tot het terugroepen van producten heeft afgegeven of indien een dergelijk bevel van overheidswege ophanden of redelijkerwijs te verwachten is. Een daadwerkelijk bevel van de NVWA komt in de praktijk weinig voor.

De ratio achter een dergelijke ‘*governmental recall*’-clause is duidelijk en begrijpelijk: een PCV wordt aangegaan voor terugroepacties voor producten waarvan de voedselveiligheid in het geding is en niet voor terugroepacties die bijvoorbeeld verband houden met ongevaarlijke kwaliteitsafwijkingen, marginale productiefouten of esthetische onvolkomenheden. Verzekeraars willen voorkomen dat een producent de dekking onder zijn PCV aanwendt om, puur vanuit commerciële redenen, bepaalde producten met ongevaarlijke allerhande kwaliteitsafwijkingen uit de handel te halen. Gedacht kan worden aan (te) kromme komkommers of producten met een kloppend, maar verouderd etiket. Problematisch is dat het lastig kan zijn in de praktijk te bepalen of en wanneer een dergelijk overheidsbevel inderdaad ‘ophanden of redelijkerwijs te verwachten’ is. Dit is een vraag van feitelijke aard, waarbij per concreet geval aan de hand van alle relevante omstandigheden moet worden bepaald of een bevel om tot een product recall over te gaan te verwachten is. Deze vraag kan bijvoorbeeld achteraf worden beantwoord aan de hand van het horen van door partijen aangedragen getuigen en deskundigen.<sup>45</sup> Beantwoording van deze vraag is bovendien niet eenvoudig, omdat de ALV voorschrijft dat procedures tot het uit de handel nemen van levensmiddelen *onmiddellijk* moeten worden ingeleid. De tijd ontbreekt simpelweg om uitgebreid met de NVWA van gedachten te wisselen over de vraag of een overheidsbevel tot een product recall ophanden of redelijkerwijs te verwachten is.

Ook in de praktijk kan onduidelijkheid en discussie ontstaan rondom de feitelijke vraag of een bevel tot terugroepen in dat concrete geval ophanden of redelijkerwijs te verwachten was.

43. Ook onder recallclausules en/of onder een PCV wordt de dekkingsomvang overigens ingeperkt aan de hand van meer geïjkte methoden, zoals de vastlegging van concrete dekkingsuitsluitingen, de begrenzing van dekking naar tijd en het opnemen van een eigen risico en een gemaximeerde verzekerde som per gebeurtenis en/of per jaar.

44. Vgl. ook Tevonderen 2015.

45. Zie in dit verband het tussenvonnissen van de Rechtbank Rotterdam van 13 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6042 r.o. 4.8 en 4.10, en het eindvonnis: Rb. Rotterdam 8 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2671, r.o. 2.11. De rechtbank oordeelt dat te veel twijfel resteert over de vraag of een overheidsbevel tot terugroepen feitelijk ophanden was of redelijkerwijs te verwachten viel. Daarbij speelde onder meer mee dat het gecontamineerde product geen gevaar opleverde voor de volksgezondheid (r.o. 2.8).

42. De hoogte van een premie kan voor bedrijven een reden zijn om geen separate PCV af te sluiten, zoals bijv. volgt uit Rb. Den Haag 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2245, r.o. 4.11.

De belangen van zowel verzekeraar als verzekerde zijn daarbij even legitiem als begrijpelijk: de verzekeraar wil slechts tot uitkering overgaan als blijkt dat een terugroepactie vanuit dreigende gezondheidsrisico's daadwerkelijk geboden is en zoekt daarom houvast bij het oordeel van de bevoegde en deskundige overheidsinstantie. Verzekerde heeft daarentegen juist een PCV afgesloten om de aan product recall-gerelateerde kosten vergoed te krijgen en gaat idealiter dus pas over tot het treffen van kostbare maatregelen als hij de bevestiging heeft dat deze kosten gedekt zijn. De NVWA wil op haar beurt afstand houden tot het bedrijf om te voorkomen dat door het geven van adviezen in de verantwoordelijkheden van dat bedrijf wordt getreden.<sup>46</sup> Verzekeraars, verzekerden en de NVWA kunnen elkaar dus in een houdgreep houden, juist op het moment dat procedures moeten worden ingeleid en door snel en doelgericht optreden ergere schade kan worden voorkomen. Voornoemde discussie speelde bijvoorbeeld toen bij visverwerkingsbedrijf Foppen Paling & Zalm uit Harderwijk in 2012 een grootschalige salmonella-uitbraak werd geconstateerd. De NVWA gaf Foppen bij herhaling mondelinge, dringende adviezen om producten terug te roepen, terwijl bij Foppen behoefte was aan duidelijkheid over de precieze status van deze adviezen. Een deel van de afnemers van Foppen stelde zich afwachtend op en heeft, zo concludeerde de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OvV) achteraf, nagelaten bepaalde maatregelen te nemen op het moment dat de situatie onmiddellijk ingrijpen vereiste.<sup>47</sup> Door de onduidelijke status, vorm en inhoud was niet duidelijk of deze 'dringende adviezen' van de NVWA ruimte boden om hiervan af te wijken of dat afwijking hiervan zonder meer tot rechtsgevolg – ingrijpen via een bestuurlijke boete of rechtsdwang van de NVWA – zou hebben geleid.<sup>48</sup> Door de OvV is expliciet overwogen dat niet duidelijk was of een 'dringend advies' van de NVWA kwalificeert als bevel van de NVWA dat een product moet worden teruggeroepen – waarmee een terugroepactie onder een 'governmental recall'-clausule gedekt zou zijn.<sup>49</sup>

Onduidelijkheid over de vorm, inhoud en status van bevelen en berichten van de NVWA is ook in recente jurisprudentie onderwerp van geschil geweest.<sup>50</sup> Discussies achteraf kunnen mogelijk worden voorkomen door, ook in spoedeisende situaties waarin doelmatig handelen geboden is, reeds in een vroeg

stadium intensief te communiceren met de NVWA én juridische adviseurs en verzekeraars. Het spreekt voor zich dat het de doelmatigheid van en samenwerking rondom de terugroepactie ten goede komt als in dit vroege stadium wordt vastgesteld wat de precieze inhoud en status van het bericht van de NVWA zijn en, in het verlengde daarvan, of een dergelijk bericht voor de verzekeraar voldoende duidelijk is voor dekking onder een 'governmental recall'-clausule in de PCV.

#### 4.2 Bereddingsplicht en bereddingskosten

Op het uitgangspunt dat een reguliere AVB geen dekking verleent voor aan product recall-gerelateerde schade, kan een uitzondering gelden voor bereddingskosten die de verzekerde moet maken voor het wegnemen van het directe risico van dreigende schade, die wél onder de AVB gedekt is. Het moet daarbij wel gaan om personenschade en zaakschade die onder een AVB gedekt zou zijn. Als sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar op schade die niet gedekt is onder de polis, of waar de verzekerde niet aansprakelijk voor zou zijn, dan kwalificeren de gemaakte kosten hoe dan ook niet als bereddingskosten en blijven deze kosten dus ook voor rekening van de verzekerde.<sup>51</sup>

Deze bereddingsplicht, als clausule opgenomen in de polis en tevens wettelijk verankerd in art. 7:957 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW), houdt in dat de verzekerde of verzekeringnemer, zodra deze op de hoogte is of behoort te zijn van de verwezenlijking van het risico of het ophanden zijn daarvan, verplicht is binnen redelijke grenzen alle maatregelen te nemen die tot voorkoming of vermindering van de schade kunnen leiden. Gedacht kan worden aan het verwijderen van levensmiddelen uit winkelschappen. De verzekerde of verzekeringnemer maakt deze kosten ten behoeve van de verzekeraar: bij niet-nakoming van de bereddingsplicht heeft de verzekeraar het recht om de uitkering te verminderen met de schade die hij daardoor lijdt.<sup>52</sup> De verzekeraar, op zijn beurt, is gehouden deze bereddingskosten te vergoeden, ook als daardoor, tezamen met de vergoeding van de schade, de verzekerde som wordt overschreden<sup>53</sup> en ook als achteraf blijkt dat de maatregelen tevergeefs zijn getroffen.<sup>54</sup> Bereddingskosten komen in beginsel slechts in uitzonderingsgevallen voor vergoeding in aanmerking. In het Staedion-arrest van 2007 oordeelde de Hoge Raad dat kosten die een verzekerde heeft gemaakt ter voldoening aan zijn verplichting het intreden van schade te voorkomen of ingetreden schade te beperken, slechts voor ver-

46. De Onderzoeksraad voor Veiligheid (OvV) kwam in zijn rapportage van november 2013 tot deze vaststelling op basis van diverse infobladen van de NVWA, interviews en correspondentie.

47. De OvV presenteerde in november 2013 zijn eindrapportage naar aanleiding van onderzoek naar de epidemie van salmonellose (voedselinfectie) als gevolg van de consumptie van met salmonella besmette gerookte zalm.

48. OvV, Salmonella in gerookte zalm, 2013, p. 104.

49. OvV 2013, p. 105.

50. Vgl. Rb. Den Haag 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2245, waarin de rechtbank overwoog dat het dringend wijzen op de verplichting maatregelen te nemen niet kwalificeert als een door de overheid opgelegde 'recall-vordering' (r.o. 4.5). Vgl. Rb. Rotterdam 8 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2671, waarin de rechtbank overwoog dat op basis van te algemene en te weinig op de feitelijke gang van zaken toegesneden getuigenverklaringen niet kan worden aangenomen dat een 'governmental recall' daadwerkelijk ophanden of redelijkerwijs te verwachten was (r.o. 2.4-2.5).

51. Zie P.H. Kramer, De kwalificatie van kosten als bereddingskosten bij AVB-polis, Bb 2011, p. 133.

52. Art. 7:957 lid 3 BW; vgl. M.L. Hendrikse, Bereddingsplicht en bereddingskosten, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), Verzekeringsrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 550-551.

53. Art. 7:959 lid 1 BW. Vgl. HR 13 juni 1975, NJ 1975/509 (Amercentrale). Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/536.

54. HR 13 juni 1975, NJ 1975/509 (Amercentrale), Kamerstukken II 1985/86, 19529, 3, p. 28 (MvT), Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/546, F. Stadermann, De bereddingsplicht, in: J.H. Wansink & J.G.C. Kamphuisen (red.), Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW belicht, Deventer: Kluwer 2005, p. 150 en Meijer 2002, p. 97.



goeding in aanmerking komen als de verzekerde in redelijkheid heeft mogen aannemen dat sprake was van een onmiddellijk dreigend gevaar, dat slechts door het treffen van bijzondere maatregelen kon worden weggenomen, en als deze maatregelen die, ook als daartoe een andere verplichting bestond, ten bate van de verzekeraar moeten zijn gemaakt redelijk en doelmatig zijn.<sup>55</sup> Een en ander dient te worden beoordeeld naar het tijdstip waarop de verzekerde tot het nemen van maatregelen heeft besloten.<sup>56</sup> De kosten die worden gemaakt voor het treffen van normale voorzorgsmaatregelen worden in beginsel niet aangemerkt als bereddingskosten, en komen derhalve niet voor vergoeding onder de AVB in aanmerking, tenzij deze maatregelen tevens zijn genomen ter afwending van een onmiddellijk dreigend gevaar.<sup>57</sup> Kosten die na overleg met en op verzoek van de AVB-verzekeraar in dat kader worden gemaakt, dienen door die verzekeraar als bereddingskosten te worden vergoed.<sup>58</sup>

Direct nadat het onmiddellijk dreigende gevaar is geweken, eindigt de bereddingsplicht.<sup>59</sup> In de praktijk is dit een belangrijke beperking. Of sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar dient te worden beoordeeld aan de hand van alle

omstandigheden van het geval, waarbij de behoorlijke en redelijk handelende verzekeringnemer of verzekerde als maatstaf moet worden gehanteerd.<sup>60</sup> De verzekeringnemer of verzekerde mag, bij beantwoording van de vraag of en wanneer sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar, in beginsel afgaan op het advies van ingeschakelde deskundigen of de overheid.<sup>61</sup> Bij de beantwoording van deze vraag kan ook de reeds ontstane grote maatschappelijke onrust een rol spelen.<sup>62</sup>

De verzekeraar is op grond van art. 7:957 lid 2 en 7:959 lid 1 BW in principe gehouden de door verzekeringnemer of verzekerde gemaakte bereddingskosten te vergoeden, ook als daardoor, tezamen met de vergoeding van de schade, de verzekerde som wordt overschreden. Van deze verplichting kan niet ten nadele van de verzekeringnemer of de verzekerde worden afgeweken, maar wel kan de *omvang* van deze vergoedingsplicht worden begrensd. Ten aanzien van particulieren is dwingendrechtelijk vastgelegd dat de verschuldigde bereddingskosten maximaal beperkt mogen worden tot het bedrag van de verzekerde som. Dit betekent dat de verzekeraar – in het voor hem minst gunstige geval – maximaal twee keer het bedrag van de verzekerde som dient te vergoeden: één keer voor de schade en één keer voor de bereddingskosten.<sup>63</sup> Anders dan voor particulieren is deze wettelijke regeling daarentegen van regelen recht ten aanzien van verzekeringen gesloten in beroep en bedrijf. In de wetsgeschiedenis wordt overwogen dat bereddingskosten met name bij het verzekeren van industriële en commerciële activiteiten tot nauwelijks voorzienbare, zeer grote hoogte kunnen oplopen. Expliciet wordt hierbij het risico van een product recall genoemd. Een verplichte, ongelimiteerde dekking wordt in die gevallen niet op zijn plaats geacht.<sup>64</sup>

Er bestaat onduidelijkheid over de mate waarin de dekking mag worden gelimiteerd.<sup>65</sup> In de praktijk wordt over het algemeen gebruik gemaakt van deze limiteringsmogelijkheid, bijvoorbeeld door de vergoeding te limiteren tot 50% van de verzekerde som boven op de verzekerde som. Ongeacht deze limitering van dekking doen verzekerden er goed aan waar mogelijk met de AVB-verzekeraar te overleggen over de vereiste bereddingsmaatregelen, ter voorkoming van discussies achteraf over de vraag of, en in hoeverre, de kosten van deze maatregelen gedekt zijn.

## 5 Conclusie

Onder andere strengere veiligheidsnormen en toenemende regelgeving hebben eraan bijgedragen dat het aantal product

55. HR 30 november 2007, NJ 2007/641, r.o. 3.4. Gevolgd door Hof Arnhem in het arrest van 26 oktober 2010 (niet gepubliceerd, zaak 104.004.594, r.o. 4.9). Zie bijv. Hof Amsterdam 18 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6224, r.o. 3.12, waarin het hof oordeelde dat de bereddingsmaatregel wel voldeed aan het vereiste van subsidiariteit, omdat er geen goedkopere maatregel beschikbaar was die hetzelfde effect had, maar niet aan het vereiste van proportionaliteit, omdat de kosten ervan in geen enkele verhouding stonden tot de omvang van de verzekerde schade die ten tijde van het treffen van de maatregel realiter te verwachten was. Om die reden had de bereddingsmaatregel achterwege moeten blijven.
56. Zie ook J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 348.
57. HR 13 juni 1975, NJ 1975/509 (Amercentrale), HR 2 mei 1997, NJ 1998/281 (Forbo/Centraal Beheer), r.o. 3.4.4, Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/537 en Meijer 2002, p. 97. Zie ook Kramer 2011, p. 132.
58. Zie ook M.M. Mendel in zijn noot onder HR 10 oktober 2003, NJ 2005/89 ('t Witte Paerdje), Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/549 en 553 en M.M.R. van Ardenne-Dick, *Kroniek Bereddingskosten*, AV&S 2011, p. 277. Onze Zuiderburen kennen een vergelijkbare regeling in art. 106 van de (Belgische) Wet betreffende de verzekeringen, waarin expliciet is bepaald dat kosten die voortvloeien uit de maatregelen die de verzekeraar heeft gevraagd ter voorkoming of beperking van een nakend gevaar, door verzekeraar worden gedragen, mits zij met de zorg van een goed huisvader zijn gemaakt. Zie hierover ook C. van Schoubroeck, *Enkele aspecten van reddingskosten in Nederlands perspectief*, in: C. van Schoubroeck, W. Devroe, K. Geens & J. Stuyck (red.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 317-318, T. Maes & H. Keulers, *De (r)evolutie van de reddingskosten sinds de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst*, *Tijdschrift voor Verzekeringen* 2014, p. 24 en S. van Camp, *Productveiligheid en product recall*, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2010, p. 485-486.
59. Bij wijze van voorbeeld: bij een product recall van gecontamineerde producten kunnen bereddingskosten in uitzonderingsgevallen worden gemaakt met het uit de winkelschappen halen van een product om directe verspreiding aan eindgebruikers te voorkomen, maar vervolgkosten, zoals kosten om het product verder te transporteren, op te slaan, te vernietigen, te vervangen of te onderzoeken, zullen over het algemeen niet als bereddingskosten voor vergoeding onder de AVB in aanmerking komen.

60. HR 30 november 2007, NJ 2007/641, r.o. 3.5 en Rb. Breda 21 juli 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BR2537, r.o. 3.7. Zie ook HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2309.
61. HR 30 november 2007, NJ 2007/641 (Staedion), r.o. 3.4 en HR 2 mei 1997, NJ 1998/281 (Forbo/Centraal Beheer), r.o. 3.4.3.
62. Zie ook Van Ardenne-Dick 2011, p. 272-274.
63. Stadermann 2005, p. 156.
64. Kamerstukken II 1999/2000, 19529, 5, p. 42-43 (noot van wijziging).
65. Stadermann 2005, p. 156. Zie voor eenzelfde opvatting Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/558. Zie ook Hendrikse 2015, p. 578.

recalls de laatste jaren is gestegen. In deze bijdrage bespreken wij de regelgeving met betrekking tot het terugroepen van (onveilige) levensmiddelen, het proces van een product recall, de rol van de NVWA hierbij en de mogelijkheid maatregelen te nemen ter beperking of voorkoming van schadelijke gevolgen van een product recall. Speciale aandacht is daarbij weggelegd voor de verzekeraarbaarheid van het risico over te gaan tot een terugroepactie, omdat de kosten die een product recall met zich brengt doorgaans aanzienlijk zijn en dergelijke kosten over het algemeen niet onder een AVB worden gedekt.

Ook bij het nemen van maatregelen om de schadelijke gevolgen van een product recall te beperken geldt dat een goede voorbereiding het halve werk is. Bijtijds stilstaan bij de aard en omvang van de risico's van een product recall dient ertoe te leiden dat de onverhoopte schadelijke gevolgen van een terugroepactie voor het getroffen bedrijf en zijn verzekeraar(s) zo beperkt mogelijk blijven. Het verdient ook aanbeveling dat de analyse van de aard en omvang van de risico's besproken wordt met de verzekeraar, zodat duidelijkheid bestaat over de vraag welke schade wel en niet onder de polis is gedekt.