

ONDERNEMING EN CONSUMENT

Hoever reikt aansprakelijkheid bij food recall?

2018-0010

Een food recall is aan de orde van de dag. De ene recall krijgt meer aandacht dan de andere. Onder een recall wordt verstaan het terughalen van een product dat al aan het publiek is verkocht en geleverd. Om gezondheidsredenen moet het voedingsmiddel bij het publiek worden teruggehaald. Daar zijn de acties (een 'publieke' recall) op gericht. Indien een levensmiddel nog niet bij het publiek is beland maar zich nog bevindt bij tussenschakels, dan kan volstaan worden met een 'stille' recall. In beide gevallen zal eenieder trachten zijn (onverzekerde) schade te verhalen op degene die verantwoordelijk is voor de recall. Maar wanneer is er aansprakelijkheid voor schade door een food recall?

Inleiding

Wanneer moet een food recall plaatsvinden?

Het juridisch kader vinden we in de Verordening (EG) nr. 178/2002¹, ook wel de General Food Law (hierna: GFL) genoemd. De Verordening heeft als doel om gemeenschappelijke definities vast te stellen en de overkoepelende basisbeginselen en legitieme doelstellingen van de levensmiddelenwetgeving te bepalen teneinde een hoog niveau van bescherming van de gezondheid en een doeltreffend functioneren van de interne markt te garanderen.

De GFL bepaalt dat het verboden is om levensmiddelen in de handel te brengen die onveilig zijn². De GLF definieert "levensmiddel" als: 'alle stoffen en producten, verwerkt, gedeeltelijk verwerkt of onverwerkt, die bestemd zijn om door de mens te worden geconsumeerd of waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij door de mens worden geconsumeerd'.

Levensmiddelen worden geacht onveilig te zijn indien zij worden beschouwd als:

- a) schadelijk voor de gezondheid;
- b) ongeschikt voor menselijke consumptie.

Bij de beoordeling of een levensmiddel ongeschikt is voor menselijke consumptie, wordt bezien of een levensmiddel onaanvaardbaar is voor menselijke consumptie, gelet op het gebruik waarvoor het is bestemd, als gevolg van verontreiniging door vreemd materiaal of anderszins, of door verrotting, kwaliteitsverlies of bederf³.

De Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) geeft in een document aan wanneer er, vol-

gens de NVWA, gemeld moet worden omdat sprake is van een onveilig levensmiddel⁴.

Grondslag vordering

Indien een product moet worden gerecalled dan zal iedere schakel in de keten haar schade trachten te verhalen op de vorige schakel in de keten. Dat is immers haar contractspartij. De grondslag voor de vordering zal dan zijn een toerekenbare tekortkoming door de leverancier. Op grond van onrechtmatige daad zouden ook andere partijen aansprakelijk gehouden kunnen worden voor het veroorzaken van een recall. De reden voor de recall is dat er is geoordeeld dat een levensmiddel onveilig werd geacht. Dat kan zijn door een eigen beoordeling van een partij in de keten of door een toezichthouder (zoals de NVWA). De eerste vraag is dus of sprake is van een toerekenbare tekortkoming. In twee recente uitspraken kwam dit aan de orde.

Recall door salmonella besmetting grondstof

De eerste zaak draaide om een salmonella besmetting van het product Purimune. De producent besloot tot een recall van alle in omloop zijnde producten. Een afnemer stelt de leverancier vervolgens aansprakelijk voor de door haar geleden schade als gevolg van de recall. De rechtbank Rotterdam overwoog⁵ dat sprake is van een tekortkoming omdat: "Een als grondstof voor de voedingsmiddelenindustrie afgeleverde zaak die nadien wordt gerecalled en moet worden vernietigd omdat sprake is van een mogelijke besmetting met salmonella, beantwoordt niet aan de overeenkomst. Immers, de kwaliteit van het geleverde product was onvoldoende betrouwbaar om het product geschikt te doen zijn om als grondstof voor de voedingsmiddelenindustrie te worden gebruikt. Het is in een dergelijke geval niet noodzakelijk om vast te stellen of ook de feitelijk geleverde batches van het product met salmonella waren besmet. Het gegeven dat in de productieketen een salmonellabesmetting is opgetreden die noopte tot een dergelijke recall is voldoende om de conclusie te kunnen trekken dat de afgeleverde zaak in juridische zin niet aan de overeenkomst beantwoordde".

De rechtbank overwoog dat de tekortkoming ook toerekenbaar was. De rechtbank verwees daarbij naar een Hoge Raad uitspraak waarin de HR overwoog⁶:

"De verkeersopvattingen brengen mee dat in een geval als het onderhavige een tekortkoming

bestaande in een gebrek van een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen.

Dit zal slechts anders kunnen zijn in geval van, door de verkoper zo nodig te bewijzen, bijzondere omstandigheden. Het bestaan van dergelijke bijzondere omstandigheden, waarop in het onderhavige geval overigens geen beroep is gedaan, zal niet snel mogen worden aangenomen."

De rechtbank oordeelde dat ook hier geen sprake was van dergelijke bijzondere omstandigheden en dus was de tekortkoming toerekenbaar.

Recall door botjes en kraakbeen in lasagne

In een andere zaak draaide het om de levering van partijen bevroren vlees. In de productspecificatie was opgenomen dat er 'Baader 3 mm pork (frozen)' geleverd zou worden. Verder was opgenomen: 'Chemical Standards: ..Calcium \pm 600-1000 ppm'. De leverancier heeft vervolgens diverse partijen vlees geleverd in een tijdsbestek van een half jaar, aan de Franse afnemer die het verwerkte in lasagne. De lasagne werd aan supermarkten in Duitsland geleverd. De supermarkten kregen klachten van consumenten die stukjes bot hadden aangetroffen in de lasagne. De supermarkten hebben de producten gerecalled en de Franse leverancier aansprakelijk gesteld voor de schade. De Franse partij stelt vervolgens haar Nederlandse leverancier van het vlees aansprakelijk voor de schade. Inmiddels had een door een Franse rechtbank aangewezen deskundige vastgesteld dat er stukjes bot in de partijen nog onverwerkt vlees waren aangetroffen die groter waren dan 3mm. De vorderingen zijn beoordeeld op basis van het Weens Koopverdrag. De rechtbank wijst de vorderingen van de Franse afnemer af omdat er te laat zou zijn geklaagd. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat de klachttermijn niet is gaan lopen direct na ontvangst van de leveringen van het vlees, maar na ontvangst van de klachten van de supermarkten. En dus was er tijdig geklaagd door de Franse partij.

(non) conformiteit

De volgende vraag is of het geleverde vlees voldoet aan de conformiteitseis. Het hof overweegt dat de deskundige tot de conclusie kwam dat het door de Nederlandse partij geleverde vlees niet voldoet aan de specificatie omdat a) het calciumgehalte veel hoger is dan de in de productspecificatie genoemde waarde van 600-1.000 ppm en b) het deeltjes bot en kraakbeen bevat die groter zijn dan 3 mm. Het hof overweegt verder dat de Franse afnemer geen aanwezigheid van bot- of kraakbeenfragmenten van meer dan 4 mm en in zo groten getale als aangetroffen in de door de deskundige onderzochte partijen vlees mocht verwachten, zelfs wanneer zij had kunnen of moeten weten dat 'Baader 3mm' vlees bot- en kraakbeendeeltjes kon bevatten. En dus beantwoordden de geleverde partijen vlees niet aan de overeenkomsten en worden deze overeenkomsten ontbonden. Voor het vaststellen van de schade wordt de zaak verwezen naar de schadestaat procedure.

Algemene voorwaarden

Het hof beoordeelt op basis van de maatstaven van het Weens Koopverdrag of de algemene voorwaarden van de Nederlandse leverancier van toepassing zijn. Het hof sluit daarbij aan bij de CISG Advisory Council Opinion No 13 en de door de Advisory Council geformuleerde aanbevelingen, de Black Letter Rules. Het hof overweegt dat de Franse afnemer niet in redelijkheid van die voorwaarden kennis heeft kunnen nemen. Een enkele verwijzing - weliswaar in de Franse taal - in de correspondentie (orderbevestigingen en facturen) naar de deponering van die voorwaarden bij de Kamer van Koophandel is daarvoor onvoldoende. Van een in Frankrijk gevestigde partij kan niet worden verlangd dat zij die voorwaarden in Nederland raadpleegt. De Nederlandse leverancier kon niet aantonen dat ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomsten in 2012 de algemene voorwaarden op de website te raadplegen waren. En dus kan de Nederlandse leverancier geen beroep doen op haar algemene voorwaarden. En dus ook niet op de clausule met daarin een beperking van haar aansprakelijkheid.

Recall verzekering

Ondernemers kunnen zich verzekeren voor schade als gevolg van een recall. Daarvoor zijn verschillende verzekeringsproducten op de markt. Bij de keuze van het verzekeringsproduct speelt de assurantietussenpersoon een belangrijke rol. In een recente uitspraak heeft het Hof 's-Hertogenbosch daar een aantal belangwekkende uitgangspunten over vastgesteld:

- De assurantietussenpersoon heeft een zorgplicht. Het hof overweegt over deze zorgplicht: 'De zorgplicht vergt een actieve en voortdurende bemoeienis door de assurantietussenpersoon met alle tot zijn verzekeringsportefeuille behorende verzekeringen ten einde te bewerkstelligen dat de belangen van de opdrachtgever ter zake van elk van die verzekeringen adequaat zijn gediend. De zorgplicht geldt ook ten aanzien van het adviseren en begeleiden vóór, bij en na het sluiten van de verzekering voor de opdrachtgever. De reikwijdte van de zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval'.
- De ondernemer kent als geen ander zijn bedrijf en is dus als geen ander in staat om een inschatting te maken van risico's en schade. De zorgplicht van de assurantietussenpersoon gaat niet zover dat deze zelfstandig een dergelijke inventarisatie zou moeten maken.
- Van een assurantietussenpersoon mag wel worden verwacht dat hij (i) de reikwijdte van de dekking van een verzekeringsproduct uitlegt (meer in het bijzonder: duidelijk maken dat bij een recall-situatie de vervangingskosten van de verloren gegane producten en de recall-kosten van derden niet worden gedekt door deze verzekering) en (ii) voorafgaand aan het sluiten van het verzekeringsproduct wijst op de mogelijkheid van een product recall-verzekering die wel de hiervoor voornoemde kostenposten dekte.

Conclusie

Wanneer een levensmiddel onveilig zou kunnen zijn, door mogelijke besmetting of een eigenschap waardoor het ongeschikt wordt voor menselijke consumptie, moet het soms worden gerecalled. In dat geval is al snel sprake van een niet-conform product en dus van een tekortkoming door de leverancier. Behoudens bijzondere omstandigheden wordt een dergelijke tekortkoming al snel als toerekenbaar aan de verkoper aangemerkt. Ook wanneer de verkoper niet bekend was met een besmetting van een grondstof / verpakking. Bij een recall kan schade snel enorm oplopen. Zeker wanneer geen beroep kan worden gedaan op de aansprakelijkheidsbeperking in de algemene voorwaarden. Het is aan de ondernemer zelf om een goede inschatting van het risico en de schade aan te reiken aan zijn assurance tussenpersoon. Die heeft vervolgens een zorgplicht om de onder-

nemer goed te informeren over de voor- en nadelen van de verschillende verzekeringsproducten.

Auteur: mr. A.A.H.M. van der Wijst, Bogaerts & Groenen advocaten, Boxtel

Noten:

1. Verordening (EG) Nr. 178/2002 van het Europese Parlement en de Raad van 28 januari 2002
2. Artikel 14 GFL
3. Artikel 14 lid 5 GFL
4. <https://www.nvwa.nl/onderwerpen/melden-onveilige-levensmiddelen/documenten/consument/eten-drinken-roken/melden/onveilige-levensmiddelen/meldwijzer-nvwa-onveilige-levensmiddelen>
5. ECLI:NL:RBROT:2017:9617, Rechtbank Rotterdam, 29-11-2017
6. ECLI:NL:HR:2001:AB1338, HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen)
7. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zaaknr. 200.194.846, 5-12-2107 (nog niet gepubliceerd)
8. ECLI:NL:GHSHE:2017:4695, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 31-10-2017