

Lethal but legal, and where does tort law come in?

Een verslag van de Workshop Liability & Insurance, Ius Commune Congres 2017 en een vooruitblik naar het UCALL Jubileum Congres 2018

Jaarlijks sterven miljoenen mensen als gevolg van actuele volksgezondheidsproblemen, zoals roken, overgewicht en obesitas. Dit geeft urgentie aan de strijd tegen schadelijke gewoonten en ongezonde voeding. Hoewel het daarbij voornamelijk gaat om legale producten en diensten die de gezondheid bedreigen, is de rol van het recht geenszins uitgespeeld. De inzet van het recht in de strijd tegen legale maar (potentieel) gezondheidsbedreigende producten en diensten is het onderwerp van een lopend onderzoeksproject van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL). Op het Ius Commune Congres dat eind november 2017 aan de Universiteit Utrecht plaatsvond, is gedebatteerd over de rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de aanpak van actuele gezondheidsproblemen. Deze bijdrage doet daarvan verslag en kijkt voorts vooruit naar het volgende congres waarop in een bredere (ook multidimensionale) context over dit thema (verder) zal worden gediscussieerd. Voor het terugdringen van schade aan de gezondheid, de economie en het welzijn van de samenleving is immers nood aan een multidimensionale benadering.

1. Ter inleiding: het thema geschetst

Veronderstel dat een nieuw model auto op de markt wordt gebracht dat een – mogelijk desastreus – defect blijkt te hebben. Een kwart van de mensen die ervoor gekozen hebben om in deze auto (mee) te rijden, raken ernstig verwond of komen zelfs te overlijden. Er blijkt iets mis te zijn met het sturingsmechanisme en bestuurders kunnen daardoor uit de bocht vliegen. Dat zou commotie teweegbrengen en het (productaansprakelijkheids)recht zou worden gebruikt om in te grijpen. Dit type auto zou namelijk van de markt worden gehaald, een product recall zou worden gelanceerd en een consumentenhotline alsook andere communicatiekanalen zouden worden geopend. De producent van de auto zou voor de schade aansprakelijk zijn: de voor deze auto's betaalde koopprijzen zouden worden terugbetaald en de gewonde slachtoffers zouden schadeloos worden gesteld. Kortom, in dit gedachtenexperiment werkt het privaatrecht als interventie. En terecht; deze voorzienbare schade moet zoveel mogelijk worden voorkomen en de reeds toegebrachte schade moet worden vergoed.

Eenieder zal het hiermee eens zijn. Dit doet de vraag rijzen waarom over sommige andere producten die het leven of de gezondheid – evenzeer of zelfs ernstiger – bedreigen, zo anders wordt gedacht, terwijl het daarbij soms gaat om producten die veel minder dienstig zijn dan auto's, sterker nog: die vooral nadeel brengen en de gezondheid en het leven met zekerheid bedreigen. Waarom ligt de autoproducent in dit gedachtenexperiment direct onder vuur, maar wordt onder juristen de neiging gevoeld om de handen af te trekken van de strijd tegen bijvoorbeeld

de tabaksindustrie? Dat is de knuppel die wij in het hoenderhok willen gooien.

Roken is dodelijk, zo staat ook op de verpakkingen van tabaksproducten. Wereldwijd is het gebruik van tabak zelfs een van de belangrijkste, maar vermijdbare doodsoorzaken. Zes miljoen mensen sterven per jaar als gevolg van tabaksgebruik.¹ In Nederland alleen al sterven jaarlijks 20 000 mensen als gevolg van roken. Gemiddeld leven rokers 10 jaar korter dan niet-rokers. Door te stoppen met roken daalt het sterfterisico; onderzocht is dat de levensverwachting van rokers die op hun 35e stoppen met roken, bij mannen toeneemt met 8,5 jaar en bij vrouwen met 6,5 jaar.² Stoppen met roken op het 65e levensjaar kan de levensverwachting voor mannen met 2 jaar verlengen en voor vrouwen met 3,5 jaar. Toch wordt tabak niet van de markt gehaald en blijft de schade als gevolg van (mee)roken, liggen waar zij valt. Waarom, zo kan men zich afvragen, grijpt het recht hier niet verder in?

Wat is, in de strijd tegen legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten, de rol van het recht, wat kan deze rol zijn en wat moet deze zijn? Dit zijn de vragen die wij in deze bijdrage centraal stellen. De aan tabak gerelateerde gezondheidsschade is in dit verband een sprekende kwestie, maar ook andere actuele volksgezondheidsproblemen geven urgentie aan deze vragen. Een groot actueel maatschappelijk probleem vormt bijvoorbeeld de toename van overgewicht en obesitas. Jaarlijks overlijden wereldwijd miljoenen mensen aan de gevolgen

* Als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, daarnaast (parttime) raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam

** Als universitair hoofddocent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht

1. M. Erikson e.a., *The Tobacco Atlas*, Atlanta: American Cancer Society 2015, p. 18 e.v.

2. Zie W.J.E. Bemelmans, I. Mulder & R.T. Hoogenveen, 'Het risico van roken: epidemiologie', in: K. Knol e.a. (red.), *Tabaksgebruik gevolgen en bestrijding*, Utrecht: Lemma 2005, p. 97.

daarvan.³ Van de volwassen wereldbevolking heeft 39% overgewicht (een BMI van boven de 25) en een half miljard mensen lijdt aan obesitas (een BMI van boven de 30).⁴ Van de Nederlandse bevolking kampt de helft met overgewicht en 1,7 miljoen volwassenen lijden aan obesitas. Een ander actueel probleem is de (zorg over de) luchtkwaliteit in vliegtuigen, in steden en in scholen. Ook staat de mens voortdurend bloot aan onzekere risico's: aan stofjes of zaken die in potentie schadelijk zijn voor de gezondheid, zoals de aanwezigheid van Nano en koolwaterstoffen MOSH en MOAH in cosmetica en voedsel.

Meer en meer wordt betoogd dat (potentiële) volksgezondheidsproblemen zoals hierboven genoemd door het recht kunnen of moeten worden aangepakt. Zo werd onlangs tegen de vier grootste tabaksfabrikanten in Nederland aangifte gedaan van moord, poging tot moord of doodslag, zware mishandeling en valsheid in geschrifte, omdat de werkelijke waarde van teer en nicotine tweeënhalve keer zo hoog is als de op de pakjes weergegeven waarde.⁵ Ook wordt nog immer de reikwijdte van publiekrechtelijke rookverboden afgetast, met recent aandacht voor de vraag of roken in verslavingsklinieken zou moeten worden verboden. De roep om een *sugar tax* wordt voorts luid gehoord.⁶ De betekenis van artikel 22 van de Grondwet, waarin is neergelegd dat de overheid maatregelen treft ter bevordering van de volksgezondheid, staat ter discussie.⁷ Mede in het licht van het wetsvoorstel over de collectieve schadevergoedingsactie dat bij de Tweede Kamer ligt,⁸ speelt de vraag naar de haalbaarheid van grootschalige civielrechtelijke aansprakelijkheidsstellingen voor reeds geleden schade. Belangrijker nog is de vraag naar de haalbaarheid van de inzet van de civielrechtelijke schadevoorkomingsplicht ter voorkoming van toekomstige gezondheidsschade,⁹ mede in het licht van de *Urgenda*-zaak waarin de rechter de Staat heeft bevolen om ervoor te zorgen dat de uitstoot van broeikasgassen in Nederland in 2020 ten minste 25% lager is dan in 1990.¹⁰

De inzet van het recht in de strijd tegen legale maar (potentieel) gezondheidsbedreigende producten en diensten is het onderwerp van een lopend onderzoeksproject van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL): *Lethal but legal, and where does law come in?* Op het Ius Commune Congres dat eind november 2017 aan de Universiteit Utrecht plaatsvond, is in dit

verband een workshop gewijd aan de vraag naar de rol van het aansprakelijkheidsrecht in de context van actuele gezondheidsproblemen. Daarvan wordt hieronder verslag gedaan. Dit onderwerp, maar dan in bredere context en met betrekking van het (internationale) publiekrecht, zal opnieuw centraal staan op het UCALL Jubileum Congres van 18 mei 2018. Dan zal ook de UCALL-bundel over de juridische strijd tegen legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten worden gepresenteerd met onder meer de schriftelijke uitwerkingen van de bijdragen van de sprekers op het Ius Commune Congres die hieronder de revue passerden. Waar het op aankomt, is dat de rol van het recht beter voor het voetlicht wordt gebracht opdat het kan worden ingezet om de actuele volksgezondheidsproblemen aan te pakken.

2. Het thema in bredere context: doen wij juristen genoeg?

Is het zaak dat juristen de strijd aangaan tegen legale, maar gezondheidsbedreigende producten en diensten? En zo ja, hoe zou die strijd vorm moeten krijgen? In het kader van de aan tabak gerelateerde schade, bepleiten sommigen dat tabaksproducten moeten worden verbannen en dat roken moet worden verboden. Zij roepen ertoe op dat de overheid een algeheel verbod afkondigt en de verkoop en marketing uit de legaliteit haalt. (Mee)roken is immers kankerverwekkend en levensbedreigend. Waarom dan het gebruik ervan toestaan? Anderen zoeken heil in de vergoeding van schade. Zij voeren aan dat de tabaksindustrie aansprakelijk moet worden gehouden voor de menselijke tol en herstelkosten die aan haar producten zijn toe te schrijven. De tabaksindustrie zou de uit publieke gelden gefinancierde kosten van gezondheidszorg die met tabaksgebruik verband houden, moeten vergoeden. Ook wordt wel bepleit dat ziek geworden rokers en mee-rokers hun schade (gedeeltelijk) op de tabaksindustrie zouden moeten kunnen verhalen. Weer anderen reiken naar het strafrecht. Zoals in de inleiding al is vermeld, gaan er stemmen op dat de tabaksfabrikanten strafrechtelijk zouden moeten worden vervolgd voor moord, poging tot moord of doodslag, zware mishandeling en valsheid in geschrifte.

De realiteit van alledag leert evenwel dat zeer velen van mening zijn dat het niet aan het recht is om in te grijpen;

3. In 2010 gaat dit om naar schatting 3,4 miljoen mensen. Zie WHO, *Global Status Report on Noncommunicable Diseases 2014*, Geneve: WHO 2014, p. 79.

4. WHO, *Global Status Report on Noncommunicable Diseases 2014*, Geneve: WHO 2014, p. 79.

5. Namens Stichting Rookpreventie Jeugd, longkankerpatiënte Anne Marie van Veen en COPD-patiënte Lia Breed heeft advocaat Benedicte Ficq van het kantoor Meijering Van Kleef Ficq & Van der Werf op donderdag 29 september 2016 bij het Openbaar Ministerie aangifte gedaan tegen vier tabaksfabrikanten die actief zijn in Nederland: Philip Morris International, British American Tobacco, Japan Tobacco International en Imperial Tobacco Benelux. Vervolgens heeft ook KWF Kankerbestrijding aangifte gedaan en hebben andere organisaties zich aangesloten.

6. Sommige landen, zoals Frankrijk, Hongarije, Noorwegen en de Verenigde Arabische Emiraten kennen reeds een *sugar (drink) tax*, in andere landen, waaronder Engeland en Ierland, wordt deze binnenkort ingevoerd.

7. Zie bijvoorbeeld J.C.J. Dute, *De vrijblijvendheid voorbij. Over het recht op preventie* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013.

8. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608.

9. Zie over de schadevoorkomingsplicht A.L.M. Keirse, 'Schadevoorkomingsclaims', *Letsel & Schade* 2017, afl. 2, p. 6-8; A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht. Rapportage over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht via het aansprakelijkheidsrecht in het kader van het programma Bewust Omgaan met Veiligheid*, Den Haag: BJu 2017.

10. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336. Vergelijk ook de luchtkwaliteit-zaak van Milieudefensie, Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, maar ook Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380.

zij verwijzen naar de politiek of naar de vrije wil van de mens.¹¹ Maar is het niet juist bij uitstek aan het recht om maatschappelijke noden in het rechtssysteem te vertalen, om maatschappelijke belangen via rechtsregels en de rechtsbedeling af te dwingen? Als het recht niet kan ingrijpen in schadelijke situaties, wat kan dat dan wel? En andersom, als dit niet aan het recht is, wat is dan wel aan het recht; *when all is politics, nothing is law*. Mogelijk worden het belang, de pretenties en de capaciteiten van het recht te snel onderschat. In tegenstelling tot de andere menswetenschappen, beschikt de rechtswetenschap over de middelen om haar waarden alsook de analyses inzake de samenleving via rechtsregels en rechtsbedeling daadwerkelijk verplicht ingang te doen vinden en af te dwingen.¹² Economische, filosofische, historische, morele, politieke, psychologische of sociale analyses die niet door de overheid of rechters worden opgepikt en tot recht(sregels) worden uitgewerkt, hebben daarentegen geen tanden; zij missen de slagkracht die het recht wel biedt.

De geschiedenis leert dat het recht feitelijk ook in staat is om de hier toebedachte rol te spelen. Helaas zijn er voorbeelden te over. Meer dan eens wordt een medicijn of een gebruiksproduct op de markt gebracht waarvan aanvankelijk wordt gedacht dat het heilzaam is voor de mens of nuttig, maar dat kankerverwekkend of anderszins giftig blijkt te zijn. Denk aan het internationale DES-drama. Alleen al in Nederland hoestte de farmaceutische industrie € 38 miljoen aan schadevergoeding op in verband met de door DES veroorzaakte kanker.¹³ Nog vele malen schadelijker is de asbest-affaire gebleken, zowel hier te lande als daarbuiten. Nog immer sterven jaarlijks ongeveer 1000 Nederlanders aan de gevolgen van blootstelling aan asbest.¹⁴ Het is tragisch dat veelbelovende producten die als wondermiddel op de markt worden gebracht, dergelijke fatale gevolgen hebben. Maar in ieder geval grijpt het recht hierbij in. Deze kankerverwekkende producten zijn van de markt gehaald en de schade die door het gebruik hiervan is ontstaan of ontstaat, wordt zoveel mogelijk via het aansprakelijkheidsrecht vergoed.¹⁵ Aldus worden de schadelijke gevolgen van deze producten beperkt door geboden, verboden en door schadevergoeding. In sommige gevallen wordt het (aansprakelijkheids)recht zelfs geherinterpreteerd, zodat de slachtoffers daadwerkelijk vergoeding ontvangen. Denk hierbij aan de vroegtijdige introductie van de hoofdelijkheidsregel en de ruime interpretatie hiervan, de versoepeling van verjaringstermijnen en de introductie van proportionele aansprakelijkheid.¹⁶

Maar grijpt het recht vaak genoeg en ook tijdig in, dat is de vraag die ons bezighoudt. Tijdens de workshop op het Ius Commune Congres werd de blik gericht op slechte voeding waardoor de gezondheid – bijvoorbeeld in het bijzonder ook die van kinderen – wordt bedreigd, op de contaminatie van voedsel door (mogelijk) schadelijke stoffen en op de aan (mee)roken verbonden gezondheidsschade. Met een introductie zoals in deze paragraaf en de vorige kort is verwoord, opende een van ons, te weten Keirse, de workshop. Het thema werd vervolgens door verschillende sprekers aangevlogen vanuit een sociaal- en rechtsfilosofisch perspectief, een rechtseconomisch perspectief en een civielrechtelijk *ex ante* perspectief.

Het verslag dat wij van deze workshop doen, laat zich lezen als een drieluik. Het eerste paneel omvat twee metaperspectieven: een sociaal-filosofisch kader, geïntroduceerd door De Vries, en een rechtseconomisch perspectief, van Visscher, Weber en Faure, dat tijdens de workshop door Visscher is toegelicht. Het tweede paneel concentreert zich op de werking van het aansprakelijkheidsrecht, zowel *ex ante* (voordat de schade is toegebracht) als *ex post* (ter sanctionering en vergoeding van leed dat reeds geleden is), waarbij Gillaerts en Verheyen aan het woord komen. Daarna vervolgt het derde paneel met drie *casestudies* die aan het debat meer handen en voeten geven. Deze gevalsanalyses gaan over roken, de koolwaterstoffen MOSH en MOAH en de Gezonde School, gepresenteerd door respectievelijk Samoy, Rijnhout en Dietvorst. Tot slot brengen wij in een korte slotbeschouwing de lijnen samen.

3. Het eerste paneel met twee metaperspectieven

3.1. Het sociaal-filosofisch kader

De inzet van het recht behoeft te allen tijde rechtvaardiging. Dat geldt temeer daar waar – paradoxaal genoeg – het recht wordt ingezet in de strijd tegen producten of diensten die rechtens geoorloofd zijn en desondanks potentieel gevaar scheppen of zelfs daadwerkelijk schade veroorzaken. Concepten als maatschappelijke sociale welvaartsmaximalisatie en paternalisme enerzijds alsook beginselen van autonomie en vrije wil anderzijds spelen hier een rol. Vanuit een sociaal- en rechtsfilosofisch perspectief onderzoekt De Vries de grondslag voor het aanpakken van legale doch gezondheidsbedreigende producten en diensten zonder de legaliteit daarvan ter discussie te stellen.¹⁷

11. De juridische strijd tegen legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten wordt immers reeds vele jaren door een minderheid gestreden, maar de successen hierin zijn spaarzaam. In het kader van de aan tabak gerelateerde strijd zij onder meer verwezen naar: Rb. Groningen 15 mei 2007, *JAR* 2007/133 (*Meins/Holland Casino*); Rb. Amsterdam 17 december 2008, *NJ* 2009/311 (*Römer/British American Tobacco*).

12. L. Cornelis, *Samenlevingsgericht (aansprakelijkheids)recht. Grondwettelijke zuurstof voor het op de adem trappende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2017, p. 4.

13. In het kader van een schikking is een DES-fonds van € 38 miljoen ingesteld.

14. Zie www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/asbest/asbestbeleid.

15. Zie o.a. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES*); HR 28 april 2000, *NJ* 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (onder *NJ* 2000/431) (*Heese/De Schelde*).

16. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. C.J.H. Brunner (*DES*); HR 28 april 2000, *NJ* 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (onder *NJ* 2000/431) (*Heese/De Schelde*); HR 31 maart 2006, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Erven Karamus*).

17. Mr. dr. U. de Vries is als universitair hoofddocent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht. De titel van zijn bijdrage luidde: 'Le grand Boeuf: regulation of inherent risks and side effects of eating and drinking – a social philosophical perspective.'

Daar waar het aankomt op regulering en verantwoordelijkheidstoedeling moet een rechtvaardiging bestaan voor de inperking van de individuele vrijheid. Daartoe behoort de vrijheid om geïnformeerd te kiezen voor – ongenueanceerd gezegd – ongezonde producten en diensten. De vraag is hoe de inperking van autonomie te rechtvaardigen die gepaard gaat met een verantwoordelijkheidsverschuiving van het individu naar de producent van het desbetreffende product.

De Vries analyseert een aantal sociaal-filosofische theorieën. Het *harm principle* van Mill, dat grof gezegd inhoudt dat individuele vrijheid alleen mag worden ingeperkt met het oog op voorkoming van schade aan anderen, biedt volgens hem onvoldoende grondslag voor verantwoordelijkheidsverschuiving binnen het thema dat hier centraal staat. De idee van schadetoebrenging heeft onvoldoende onderscheidend vermogen. Zoals De Vries het treffend verwoordt: ‘Law qualifies certain harmful acts as unlawful, not all harmful acts.’ Paternalisme en perfectionisme betreft De Vries eveneens in zijn beschouwing. Het gaat daarbij om het interfereren in de vrijheid van personen om hun welzijn te bevorderen respectievelijk het promoten van een bepaalde opvatting van het goede leven. Deze concepten kunnen wellicht sterke basis bieden voor instrumenten zoals *sugar tax*, maar bieden volgens De Vries onvoldoende normatieve grondslag om de keuzevrijheid van consumenten te beperken. Tot slot biedt ook het utilitarisme, oftewel maatschappelijke welvaartsmaximalisatie, te weinig houvast, aldus De Vries, bijvoorbeeld omdat onduidelijk is hoe welvaart in dit verband gedefinieerd moet worden.

Volgens De Vries is er geen sociaal-filosofische theorie die de inzet van het recht in de strijd tegen legale doch gezondheidsbedreigende producten op zich rechtvaardigt. Zijn voorkeur gaat daarom uit naar niet-verplichtende interventies zoals *nudging*. Daarbij wordt de vrijheid van consumenten vergroot door hun keuzes zodanig te beïnvloeden dat zij naar eigen inzicht betere keuzes maken. Het wordt door Thaler en Sunstein libertair paternalisme genoemd.¹⁸ Deze interventies zijn evenwel evenmin van problemen ontbloot. Nu hierdoor van overheidswege of door de private sector ingegrepen wordt in de consumentkeuze, verdient ook dit rechtvaardiging, aldus De Vries. Waarom grijpt de industrie in, vanwege het ideaal van volksgezondheid of vanwege de wens winst te verhogen? En, als de overheid *nudging* inzet, rijst de vraag welke juridische legitimatie voor dat ingrijpen bestaat.

Ondanks dat de inzet van het recht sec zich niet eenvoudig laat rechtvaardigen daar waar het gaat om legale activiteiten, moet niet uit het oog worden verloren dat dit in sommige gevallen wel gebeurt en ook succesvol is. Denk hierbij aan de introductie van vergunningsverplichtingen voor het op de markt brengen van *novel foods* of medica-

tie. Ook heeft het aansprakelijkheidsrecht *ex post* ruimte geboden voor handhaving in het geval van het op de markt brengen van schadelijke producten, zoals de eerdergenoemde producten DES en asbest. Ten behoeve daarvan is het aansprakelijkheidsrecht zelfs opgerecht. Daarmee rijst niet alleen de vraag *waarom* in die gevallen wel werd en wordt ingegrepen en in andere gevallen niet, maar ook hoe die verschillen gerechtvaardigd kunnen worden. Een nadere analyse hiervan, ook vertrekkend vanuit een sociaal-rechtsfilosofisch perspectief, is nodig.

3.2. Een rechtseconomische benadering

Het is ook interessant om de vragen of en zo ja welke rechtsinstrumenten gebruikt kunnen of moeten worden in de aanpak van legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten, te beantwoorden vanuit een rechtseconomisch perspectief. Dit geldt temeer daar economische belangen de voedingsbodem vormen voor de productie en het aanbod van dergelijke producten en diensten, en beleidsmakers en politici zich merkbaar door deze particuliere economische belangen laten beïnvloeden. De theorie van de publieke besluitvorming legt immers de kracht van de lobby bloot.¹⁹

Vanuit rechtseconomisch perspectief dient de basis voor een interventie door het recht in de markt gelegen te zijn in het algemeen belang. Nu dat algemeen belang rechtseconomisch gezien wordt afgeleid uit de maatschappelijke kosten en baten die met de desbetreffende activiteit gepaard gaan, is een tussenkomst van het rechtssysteem derhalve eerst aangewezen als de totale maatschappelijke kosten de totale baten overtreffen. In aansluiting op het sociaal-rechtsfilosofisch perspectief van De Vries stelt Visscher voorop dat rechtseconomische overwegingen tot dezelfde eerste conclusie leiden, te weten dat het enkele gegeven dat producten of diensten (gezondheids)schade veroorzaken op zich nog geen valide (economisch) argument is om die rechtens aan banden te leggen.²⁰ Het komt erop aan actoren te prikkelen de maatschappelijk wenselijke niveaus van zorg en activiteiten te hanteren. Bij gezondheidsbedreigende producten en diensten zit er verschil tussen de afweging van private kosten en baten van de actor enerzijds en de weging van maatschappelijke kosten en baten anderzijds. De (gezondheids)schade die derden lijden betreffen namelijk negatieve *externe* effecten, die niet door de actor zelf gedragen worden, tenzij het recht ingrijpt. En dat is, aldus Visscher, ook precies de rol van het recht; het internaliseren van de externe effecten, zodat de private kosten-batenanalyse beter overeenstemt met de maatschappelijke.

Verschillende rechtsinstrumenten en rechtsregels kunnen worden ingezet om actoren te prikkelen tot optimale niveaus van zorg en activiteiten. Belangrijke vragen zijn of veiligheidsregulering en aansprakelijkheidsrecht als alternatieve of complementaire interventies in de markt voor gezondheidsbedreigende producten en diensten kunnen worden gezien en of een meer optimale bescherming

18. R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, London: Penguin 2009, p. 5.

19. Zie onder veel meer M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press 1965. Vergelijk ook R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering*, Den Haag: BJu 2012, waarin geïllustreerd wordt hoe de industrie er langdurig in slaagde overheidsregulering inzake asbest tegen te houden.

20. Prof. mr. dr. L.T. Visscher is hoogleraar *Legal Economic Analysis of Tort and Damages* aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. De titel van zijn bijdrage luidt: “Smart instrument mixes”: A law & economic approach to lawful products and services that are potentially threatening to human health’.

wordt geboden door schuld- dan wel risicoaansprakelijkheid. Visscher analyseert de voor- en nadelen van deze opties en constateert dat deze van de precieze context en omstandigheden afhangen. Daarom wordt geconcludeerd dat voor de aanpak van legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten een combinatie van instrumenten, een zogenaamde *smart mix*, geboden is. Veiligheidsregulering is een belangrijk primair instrument, maar de aanvullende werking van het aansprakelijkheidsrecht kan niet worden gemist. Risicoaansprakelijkheid verdient daarbij volgens Visscher de voorkeur, omdat onder dat regime de private kosten met de maatschappelijke samen vallen, hetgeen optimale prikkels biedt om onderzoek te blijven doen naar optimale wijzen om de risico's op schade te reduceren.

Deze rechtseconomische benadering zet dus alle betrokken partijen aan het werk, zo concluderen wij instemmend. De aanpak van actuele volksgezondheidsproblemen moet met andere woorden zowel in het publieke veiligheidsbeleid als ook in de bedrijfsprocessen van de private actoren worden geïnternaliseerd.²¹ In de eerste plaats dient veiligheidsbeleid de samenleving en het welzijn te betrekken, in te spelen op de kennis, ervaring en verantwoordelijkheid vanuit de samenleving, het voorzorgsbeginsel te effectueren en juridische instrumenten te bieden om schade te voorkomen. Evenzo belangrijk is in de tweede plaats dat private actoren ervan doordrongen zijn dat gepaste (voor)zorg steeds van hen kan worden gevergd, waarbij zij zich niet achter een verstrekte vergunning of het voldoen aan wettelijke regels kunnen verschuilen.

4. Het tweede paneel over de werking van het aansprakelijkheidsrecht

4.1. Wat kan met het aansprakelijkheidsrecht worden bereikt?

Het bovenstaande brengt ons op de vraag of met het aansprakelijkheidsrecht de gewenste niveaus van zorg en activiteiten kunnen worden bereikt. Bekend is dat in de context van zowel zekere als onzekere gezondheidsrisico's er allerlei obstakels bestaan voor *ex post* toewijzing van een schadevergoedingsvordering. Denk aan het gebrekkigheidsvereiste van art. 6 uit de Richtlijn productaansprakelijkheid (85/374/EEG) waarin voor risicoaansprakelijkheid van de producent wordt vereist dat het product niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten. Dit vereiste is problematisch zolang een risico nog niet is bevestigd in wetenschappelijk onderzoek. Als een veiligheidsgebrek wel kan worden aangenomen, biedt het ontwikkelingsrisicoverweer een bevrijdingsmogelijkheid voor de aangesproken producent in de periode waarin hij het gebrekkige product weliswaar op de markt heeft gebracht, maar het bestaan van het gebrek op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis, onmogelijk was te ontdekken (art. 7 aanhef en onderdeel e Richtlijn 85/374/EEG). Dit verweer doet

zijn invloed gelden ten aanzien van onzekere risico's. Het causaliteitsvereiste kan ook obstakels opwerpen, ook bij zekere risico's, bijvoorbeeld als schade meerdere oorzaken kan hebben, of als sprake is van schade die ontstaat door opstapeling van stoffen in organen.

Gillaerts noemt in zijn presentatie over onzekere risico's verscheidene specifieke obstakels naar Belgisch recht, die overigens ook betekenis hebben voor het Nederlandse recht.²² Ten eerste wijst hij op een moeilijkheid bij de beantwoording van de vraag naar onrechtmatigheid van het gedrag van de actor: er moet onvoldoende zorg zijn betracht naar de maatstaf van de 'general standard of care'. In het kader hiervan is de *bonus pater familias* leidend. Echter, door onzekere risico's binnen de reikwijdte van de foutaansprakelijkheid te brengen, dreigt een verschuiving naar de *optimus pater familias*, hetgeen volgens Gillaerts onwenselijk is. Het gevaar van een invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm *in perfect hindsight* ligt daarbij op de loer. Waarschuwings- en informatieplichten, daarentegen, vormen een gepaste en zinvolle invulling van zorgvuldig gedrag in confrontatie met onzekere risico's. Ook het schadevereiste zorgt voor moeilijkheden. Het Belgische recht vereist dat de schade individueel en zeker is en dat staat op gespannen voet met het idee dat het aansprakelijkheidsrecht wordt ingezet in de juridische strijd tegen *potentieel* gezondheidsbedreigende producten. Gillaerts wijst in dit verband op de mogelijkheden die de juridische constructie van verlies van een kans zou kunnen bieden. Het laatste obstakel voor *ex post* aansprakelijkheid dat Gillaerts noemt is het causaliteitsvereiste. Ondanks het nut van statistische gegevens, blijft een oorzakelijk verband op individueel niveau noodzakelijk. Met andere woorden, volgens Gillaerts kent het klassieke aansprakelijkheidsrecht hindernissen om effectief ingezet te kunnen worden in de juridische strijd tegen potentieel gezondheidsbedreigende producten en diensten. Daarbij heeft het klassieke aansprakelijkheidsrecht meer moeite met gevallen van anticipatie op het wetenschappelijk onzekere, waarbij de wetgever een grote verantwoordelijkheid draagt in de beleidskeuze hoe daarmee maatschappelijk om te gaan, dan met kwesties van preventie ten aanzien van wetenschappelijk zekere risico's. Gelet op de dynamiek van de wetenschap, zijn uiteraard verschuivingen van onzeker naar zeker (der) mogelijk.

Achteraf de verantwoordelijkheid verschuiven voor schade veroorzaakt door onzekere risico's is lastig. De *ex ante* werking van het aansprakelijkheidsrecht biedt wellicht meer perspectief. Denk in dit verband niet zozeer aan de vermeende preventieve werking van dit rechtsgebied die uitgaat van het *ex post* opleggen van schadevergoedingsverplichtingen, maar aan gebods- en verbodsacties van art. 3:296 BW. Gillaerts zet zijn geld in op deze acties. Zij worden de laatste tijd in Nederland reeds inge-

21. Aldus ook A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht. Rapportage over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht via het aansprakelijkheidsrecht in het kader van het programma Bewust Omgaan met Veiligheid*, Den Haag: BJu 2017, p. 103.

22. Mr. P. Gillaerts is als doctoraatsstudent verbonden aan het Instituut voor Gerechtelijk Recht van de KU Leuven. De titel van zijn bijdrage luidt: 'Preventive tort law: limits and opportunities'.

zet om onwenselijke situaties op te heffen.²³ Voorts vormt de declaratoire vordering (verklaring voor recht) een waardevol instrument om preventief op te treden.

4.2. De waarschuwingplicht

Eén manier waarop *ex ante* schade kan worden voorkomen, is door effectief te waarschuwen voor risico's. De waarschuwing moet evenwel daadwerkelijk effectief zijn.²⁴ Verheyen betoogt in zijn presentatie dat het hedendaagse Europese productaansprakelijkheidsrecht niet aansluit bij inzichten over de effectiviteit van waarschuwingen.²⁵ Daarbij neemt hij onderzoek van Pape als startpunt, waarin lessen worden getrokken uit de cognitieve psychologie en ergonomie ten aanzien van de voorwaarden voor een effectieve waarschuwing.²⁶ In het verlengde hiervan betoogt Verheyen dat wat preventie betreft niet zozeer aansluiting moet worden gezocht bij de inhoud en omvang van de verschaft informatie, maar bij het ontwerp van de waarschuwing en de adequaatheid daarvan. Deze gedachte vindt Verheyen ook terug in het werk van Twerksi en Henderson, de auteurs van de *Restatement Third Product Liability*. Daar waar zij eerder een onderscheid maakten tussen ontwerp- en informatiegebreken, door voor informatiegebreken niet te vereisen dat een redelijke alternatieve waarschuwing bestond, zijn zij nu teruggekomen op deze gedachte. Informatie- en ontwerpgebreken zouden volgens hen gemeenschappelijke eigenschappen hebben, hetgeen ook tot uitdrukking zou moeten komen in de voorwaarden van aansprakelijkheid, met name de eis van causaliteit. Verheyen brengt naar voren dat het huidige Europese productaansprakelijkheidsrecht niet in deze richting beweegt, omdat de gangbare compensatoire en slachtoffer beschermende interpretatie van de Richtlijn productaansprakelijkheid niet met een volledig preventieve invulling van waarschuwingstandaarden te verenigen is.

Externe inzichten dragen bij aan de effectiviteit van waarschuwingen.²⁷ Effectieve waarschuwingen kunnen op hun beurt voorkomen dat iemand risico's loopt, of in ieder geval dat een persoonlijke afweging beter geïnformeerd kan worden gemaakt. Wat ons betreft staat buiten kijf dat het recht op dit punt in lijn moet zijn met externe inzichten over effectiviteit.

Dit betekent niet dat een waarschuwing steeds voldoende is of mag zijn om aansprakelijkheid af te wenden. Als bijvoorbeeld overduidelijk is dat een bepaald product schadelijk is voor de gezondheid en bovendien iemands dood kan veroorzaken, rijst de vraag of enkel waarschuwen – een relatief licht middel – over de schadelijke gevolgen vanuit juridisch perspectief voldoende is. Een andere vraag die rijst, is of de consument ook geïnformeerd moet worden over onzekere risico's. Moet een producent waarschuwen voor de aanwezigheid van Nano of MOSH en MOAH in voedsel, ook als nog niet vaststaat dat daadwerkelijk van enig gevaar sprake is? Dit zijn vragen die in het derde paneel met casestudies nadere bestudering krijgen.

5. Het derde paneel met drie casestudies

5.1. Een zeker en bekend risico: roken

De strijd tegen legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten heeft een lange en bewogen geschiedenis.²⁸ Deze werd en wordt onder meer gevoerd tegen fabrikanten van DES, asbest, en loodhoudende verf alsook tegen de wapenindustrie en de fastfoodindustrie. Wat betreft tabaksproducten, het onderwerp van de eerste casestudie die we hier bespreken, heeft het toegenomen inzicht in de schadelijkheid daarvan langzaam maar zeker geleid tot een volledig andere benadering en inzet van het recht.²⁹ Wereldwijd voeren overheden reeds vele jaren tabaksontmoedigingsbeleid, waarbij niet alleen zelfregulering en accijnzen, maar in toenemende mate ook beperkende wetgeving van kracht zijn. Tevens is van particuliere zijde de strijd tegen de tabaksindustrie losgebarsten in de vorm van civielrechtelijke procedures. Aansprakelijkheidsrechtelijke stappen tegen de tabaksindustrie werden voor het eerst in de Verenigde Staten gezet – reeds in de jaren vijftig van de vorige eeuw – maar tegenwoordig is *tobacco litigation* over de hele wereld verspreid.³⁰ Samoy doet verslag van de rol van het aansprakelijkheidsrecht in de juridische strijd tegen schade als gevolg van

-
23. Rb. Utrecht 31 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6518 (*Lucht kwaliteit basisschool De Gondelier*); Rb. Amsterdam 18 september 2013, JA 2013/184 (*Felderhoff/KLM*); Rb. Gelderland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4140 & Rb. Gelderland 29 juni 2016 ECLI:NL:RBGEL:2016:4141; Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336 (*Urgenda*); Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171 (*Milieudefensie/Staat*). Zie wat betreft deze laatste zaak echter ook Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380. Zie voorts A.L.M. Keirse, 'Schadevoorkomingsclaims', *Letsel & Schade* 2017, afl. 2, p. 6-8; T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB* 2017/1753, afl. 32. Over *public interest litigation* en de rol van de rechter: L.F.H. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014, afl. 23, p. 1542 e.v.
24. Dat zou niet alleen moeten in het licht van de huidige stand van rechtspraak van de Hoge Raad (HR 28 mei 2004, NJ 2005/105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*)), maar ook omdat een schadevoorkomende werking van de waarschuwing anders niet waarschijnlijk is.
25. Mr. T. Verheyen is als doctoraatsonderzoeker verbonden aan de Faculteit Recht en Criminologie van de Universiteit Gent. De titel van zijn bijdrage luidt: 'The curious case of warnings and instructions in product liability law'.
26. S.B. Pape, *Warnings and product liability. Lessons learned from cognitive psychology and ergonomics* (diss. Rotterdam), Den Haag: Eleven International Publishing 2011.
27. Pape 2011; I. Giesen, *Handle with care!* (oratie Utrecht), Den Haag: BJu 2005.
28. Zie onder meer A.L.M. Keirse, 'Nieuwe risico's; wie is er bang voor de magnetron?', *NJB* 2007, afl. 38, p. 2418-2425.
29. Zie ook P.A.J. van den Berg & A.L.M. Keirse, 'Juridische aspecten van de productie van tabakwaren', in: K. Knol e.a. (red.), *Tabaksgebruik gevolgen en bestrijding*, Utrecht: Lemma 2005, p. 375-387.
30. Zie o.a. A.L.M. Keirse, 'Rokers hebben er tabak van! Over schadeclaims tegen de tabaksindustrie in de Verenigde Staten, Frankrijk en Nederland', *AA* 2000, afl. 4, p. 252-259 & *AA* 2004, afl. 6, p. 424-434; A.L.M. Keirse & P.A.J. van den Berg, 'Waar rook is, is vuur', *NJB* 2002, afl. 33, p. 1652; A.L.M. Keirse, 'Nieuws over het aansprakelijkheidsrecht en het aansprakelijkheidsrecht in het nieuws', UCALL-blog 13 april 2016 (blog.ucall.nl).

roken en concentreert zich daarbij op België en Nederland.³¹ Zij behandelt in de eerste plaats de mogelijke gronden voor aansprakelijkheid van de producent of van degene die een ander aan tabaksrook heeft blootgesteld, zoals de werkgever op de werkvloer. In de tweede plaats onderzoekt zij de overheidsaansprakelijkheid in dit verband. Haar conclusie is dat de rol van het aansprakelijkheidsrecht in voornoemde strijd bescheiden is. Een succesvolle aansprakelijkheidsvordering tegenover de tabaksfabrikant of andere private actor die de aan (mee)roken verbonden schade heeft veroorzaakt, acht zij geenszins evident, maar in specifieke gevallen wel mogelijk. Een overheid die tekortschiet in de op haar ingevolge Europese en internationale normen rustende verplichtingen, kan hiervoor aansprakelijk worden gehouden, zo vervolgt Samoy. Echter, dat het huidige anti-tabaksbeleid in België of Nederland de internationale standaarden schendt, is geenszins komen vast te staan. Tegen deze achtergrond acht Samoy het niet wenselijk om de overheid door het inleiden van lange en onzekere procedures inzake overheidsaansprakelijkheid te bewegen tot verdergaande maatregelen. Dat neemt evenwel niet weg dat bijzondere omstandigheden bijkomende actie kunnen verantwoorden en uitlokken. Hier zijn immers progressieve verplichtingen die geen zwart-witgrenzen kennen, in het geding. Het feit dat het hier om een grijze zone gaat, brengt weliswaar de nodige beleidsvrijheid voor de overheid mee, maar is volgens Samoy ook een voedingsbodem voor het zoeken naar politieke wil om verdergaande maatregelen te treffen. In het bijzonder kunnen extra beschermingsmaatregelen ten aanzien van kwetsbare categorieën van personen geboden zijn, aldus Samoy.

5.2. Een bekend onzeker risico: MOSH en MOAH

Daar waar een onzeker risico in het spel is, is de beantwoording van de vragen naar de inzet van het recht als instrument nog complexer.³² Rijnhout illustreert dit aan de hand van een casestudie over *Mineral oil saturated hydrocarbons* (MOSH) en *mineral oil aromatic hydrocarbons* (MOAH). Dit zijn koolwaterstoffen afkomstig uit minerale oliën, zoals aardolie, die bijvoorbeeld in ons voedsel aanwezig zijn. De blootstelling aan en de besmetting met MOSH en MOAH komt in elke fase van voedselproductie voor: van oogsten tot verpakken (denk aan het gebruik van gerecycled karton).³³ In 2012 uitte de *European Food Safety Authority* haar zorgen over deze koolwaterstoffen in ons voedsel. Het vermoeden bestaat dat deze stoffen schadelijk zijn voor de gezondheid; zij vormen dus een bekend onzeker risico.³⁴

Ondanks dat de voedselketen op Europees niveau sterk gereguleerd is (zie bijv. de Algemene levensmiddelenverordening (EG) 178/2002) en deze regulering de vaststelling van aansprakelijkheid *ex post* via regels van product-

aansprakelijkheid onverlet laat (art. 21 Verordening (EG) 178/2002), zijn er tal van onduidelijkheden en obstakels. Om met de vraag naar productaansprakelijkheid te beginnen: maakt de aanwezigheid van MOSH en MOAH in voedsel dit gecontamineerde voedsel tot een gebrekkig product? Hoewel het Hof van Justitie in *Sanofi/Pasteur* toelaat dat in geval van onzekere risico's onder bepaalde omstandigheden bewijsvermoedens worden gebruikt voor het vaststellen van een gebrek,³⁵ is onduidelijk of deze uitspraak in de praktijk voor een verantwoordelijkheidsverschuiving zal zorgen. Onzeker is namelijk in hoeverre deze uitspraak leidt tot een verantwoordelijkheidsverschuiving *ex post* van een slachtoffer naar een producent, omdat die laatste (alsnog) een beroep kan doen op het ontwikkelingsrisicoverweer. Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag hoe het ontwikkelingsrisicoverweer moet worden geïnterpreteerd in geval van een onzeker risico dat – middels een bewijsvermoeden – als gebrekkig wordt aangemerkt. Bovendien rijzen ook causaliteitsvragen, met name in de situatie van MOSH en MOAH waarin blootstelling aan koolwaterstoffen door de jaren heen plaatsvindt en de potentiële schadelijkheid schuilt in de opstapeling van deze koolwaterstoffen in de organen. En, anders dan bijvoorbeeld het geval was in het DES-drama, is niet sprake van één (type) producent die ons voedsel blootstelt aan MOSH en MOAH. Ons voedsel wordt in de hele keten blootgesteld aan MOSH en MOAH. Daardoor en door de vereiste opeenstapeling van MOSH en MOAH in onze organen, is het heel lastig, zo niet onmogelijk voor de consument om volledige vergoeding van (eventuele) schade te ontvangen.

Het aannemen van aansprakelijkheid *ex post* is derhalve zeer lastig en bovendien is een reactie *ex ante* ook wenselijker. De voedingsbodem voor het aannemen van een voorzorgsverplichting ligt in de Europeesrechtelijke verplichting voor ondernemingen om geen onveilig voedsel op de markt te brengen (art. 14 Verordening (EG) 178/2002). Dat deze verplichting ook geldt voor onzekere risico's staat buiten kijf (zie art. 14 lid 4 aanhef en onderdeel a Verordening (EG) 178/2002), maar hoe die verplichting ingevuld en gehandhaafd moet worden is weer onduidelijk. Geldt er een waarschuwplicht? Moet verplicht onderzoek door ondernemingen worden gedaan? En geldt er een schadevergoedingsverplichting als ondernemers bijvoorbeeld hun onderzoeksplicht *ex ante* schenden? Kunnen bijvoorbeeld anderen, zoals de overheid, die onderzoek hebben moeten financieren, de kosten daarvan verhalen op de ondernemer? De verordening en ook de toelichtingen daarop geven geen antwoord op deze vragen. Kortom, ondanks dat de voedselketen sterk gereguleerd is, rijzen er lastige concrete vragen die beantwoording behoeven om – ook in geval van onzekere risico's – het recht inhoud te geven.

31. Prof. mr. I. Samoy is als university professor verbonden aan de KU Leuven en UHasselt. De titel van haar bijdrage luidde: 'The role of tort law in the legal battle against damages as a result of smoking behaviour'.

32. Zie hierover uitgebreid E.R. de Jong, *Voorzorgsverplichtingen* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2016.

33. Mr. dr. R. Rijnhout is als universitair hoofddocent verbonden aan de Universiteit Utrecht, UCALL. De titel van haar bijdrage luidde: 'MOSH/MOAH & product safety and liability'.

34. EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain (CONTAM), *Scientific Opinion on Mineral Oil Hydrocarbons in Food*, European Food Safety Authority 2012/2013, online beschikbaar op www.efsa.europa.eu/de/efsajournal/pub/2704.

35. HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15 (*N.W. e.a./Sanofi Pasteur*). Bewijsvermoedens worden onder bepaalde omstandigheden ook toegelaten ter verlichting van de bewijsleveringslast van de causaliteit. Over deze uitspraak G.M. Veldt & A.E.C. Wissink, 'Bewijslastverlichting voor de benadeelde bij productaansprakelijkheid voor onzekere risico's', *NTBR* 2017, afl. 8, p. 253 e.v.

5.3. Kinderen op scholen vertrouwd maken met een gezonde levensstijl

Herhaald zij dat preventiebeleid een centrale rol dient te spelen in de samenleving, zowel met het oog op zekere als op onzekere risico's. Hier ligt niet alleen een verantwoordelijkheid voor de overheid maar zeker ook een verantwoordelijkheid voor private actoren. Daarnaast is het natuurlijk belangrijk consumenten ertoe te bewegen een gezonde levensstijl aan te nemen. Daar kan men niet vroeg genoeg mee beginnen, temeer daar de basis voor een goede gezondheid in de kindertijd ligt en in het licht van het feit dat reeds 14% van de Nederlandse jeugd met overgewicht kampt.³⁶

Een initiatief dat deze inzichten van nood aan een multi-dimensionale aanpak en samenwerking in zich draagt, is de 'Gezonde School', een samenwerking tussen de Ministeries van VWS en OCW, de PO-Raad, VO-raad en MBO Raad, RIVM Centrum Gezond Leven, GGD GHOR Nederland en andere organisaties.³⁷ Door zich in te spannen op specifieke thema's, waaronder gezonde voeding en tabak-, alcohol- en drugspreventie kunnen scholen met externe financiering en begeleiding het vignet 'Gezonde School' behalen. Vermeldenswaardig is in dit verband ook dat de Nederlandse frisdrankproducenten de verkoop van suikerhoudende frisdranken op middelbare scholen uiterlijk eind 2018 zullen staken. Vanaf 2019 gaan suikerhoudende frisdranken op alle middelbare scholen in heel Europa in de ban. Initiatieven zoals deze die op vrijwillige basis geschieden, kleuren het recht mede in waaronder in het bijzonder de civielrechtelijke open zorgvuldigheidsnorm die immers hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt als norm stelt.³⁸

Over het belang van preventie verhaalt Dietvorst in haar casestudie over de 'Gezonde Basisschool van de Toekomst'.³⁹ Het doel van dit project is te onderzoeken of kinderen die op de basisschool een dagprogramma aangeboden krijgen met – naast voldoende onderwijs – sport, beweging, ontspanning, cultuur en aandacht voor leefstijl en gezonde voeding een betere fysieke, emotionele en intellectuele groei doormaken.⁴⁰ Ook wordt geanalyseerd of deze aanpak meer rust en minder stress oplevert voor zowel kinderen als ouders en bijdraagt aan een betere kwaliteit van leven. De gedachte is dat zij die beter in hun vel zitten, ook beter presteren. Dietvorst illustreert hoe gezondheidbevorderend beleid en schoollunches bijdragen aan de preventie van overgewicht en obesitas. Kinderrechten spelen daarbij een grote rol in het realiseren van dergelijk beleid op scholen. Mede door een vergelijking te trekken met het beleid in Schotland laat zij zien hoe de cultuur en het ethos op scholen in positieve zin kunnen wijzigen. In Schotland heeft de strijd tegen ongezonde voedingsmiddelen op scholen op verschillende niveaus plaatsgehad en niet alleen top-down maar ook bottom-up. Later zijn het ethos en de standaarden in wetgeving

geformaliseerd. Dit kan ook voor Nederland een voorbeeld zijn.

6. Slotbeschouwing: komt allen naar het UCALL Congres van 18 mei 2018

Lethal but legal is een omvangrijk thema waarin maatschappelijke en wetenschappelijke vraagstukken samenkomen. Vanuit het vertrekpunt dat het recht ten doel heeft het algemene welzijn te bevorderen, kan worden betoogd dat deze situaties waarin rechtens geoorloofde activiteiten voor de bevolking meer schade dan voordelen opleveren, niet zouden mogen voorkomen. *Ex ante* veiligheidsregulering zou dit in goede banen moeten leiden. Metaperspectieven laten evenwel zien dat dit te simpel is gesteld. Het gedachtegoed van de autonomie, vrije wil en vrije markt moet ook een plaats toebedeeld krijgen. Bovendien leren zowel de theorie als de praktijk dat lobbyen door industriële belangengroepen in de weg staat aan strenge overheidsregulering. Daarbij komt dat de inkomsten die de overheid zelf via accijnzen en btw weet te genereren uit de consumptie van gezondheidsbedreigende producten zoals alcohol en tabak, reden kunnen zijn voor het legaal blijven hiervan. Geïllustreerd is ook dat het gegeven dat we meer kunnen dan we weten, problematiserend werkt. De regelgever beschikt niet steeds over alle informatie die voor een optimale regulering nodig is, zeker niet als het gaat om producten en diensten waaraan ook voor de producent en de wetenschap onzekere risico's kleven.

Er moet, onzes inziens, voor worden gewaakt dat het bovenstaande aanleiding vormt om de handen af te trekken van de strijd tegen legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten. Het vormt integendeel de reden om het thema vanuit alle verschillende perspectieven te benaderen. De hier besproken Ius Commune Workshop *Liability & Insurance* wijst op de mogelijke inbreng en capaciteiten van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Juist omdat niet kan worden gevaren op publieke *ex ante* veiligheidsregulering is het zaak dat het private aansprakelijkheidsrecht inspringt. Verschillende mogelijkheden zijn de revue gepasseerd, zoals het op de achtergrond zetten van het klassieke *ex post*-denken ten faveure van schadevoorkoming, bijvoorbeeld door het aansprakelijkheidsrecht beter te laten aansluiten bij inzichten over effectieve waarschuwingen en de nadere en specifiekere invulling van de schadevoorkomingsplicht van producenten. De basis daarvoor ligt in empirisch wetenschappelijk onderzoek, waarvan de uitkomsten meer en beter worden vertaald in juridische normen, en in rechtsvergelijkende studies, bijvoorbeeld door studie te verrichten naar de inhoud van hogere, internationale normen, zoals die ten gunste van kinderen of veilig voedsel.

Het UCALL Congres 2018 dat op 18 mei wordt gehouden, beoogt die bredere blik. De keynotespeakers komen uit verschillende velden, ook niet-juridische. Voor het

36. Zie www.volksgezondheidszorg.info/onderwerp/overgewicht/cijfers-context/huidige-situatie#node-overgewicht-kinderen.

37. Zie www.gezondeschool.nl; B.M. Pajmans, 'Obesitas, een zorg voor scholen', *School & Wet* 2017, afl. 2, p. 4.

38. Vergelijk T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB* 2017/1753, afl. 32; B.M. Pajmans, 'Obesitas, een zorg voor scholen', *School & Wet* 2017, afl. 2, p. 4.

39. Mr. R. Dietvorst is als PhD verbonden aan de Universiteit van Maastricht. De titel van haar bijdrage luidde: 'Schools: the best place to create a healthy future? The role of children's rights in realizing healthy schools'.

40. Zie www.degezondebasisschoolvandetoekomst.nl.

terugdringen van schade aan de gezondheid – en in het verlengde daarvan: de economie en het welzijn van de samenleving – is een multidimensionale benadering geboden. Tijdens de workshops wordt niet alleen ingegaan op het civiele aansprakelijkheidsrecht, maar ook op het internationale en Europese recht, het strafrecht en het staats- en bestuursrecht. Onder andere de volgende vragen zullen daarbij ter discussie staan. Bestaat er een fundamenteel recht op gezonde lucht? Hoe kunnen informatie- of waarschuwingsplichten bijdragen aan veiliger voedsel? Is de tabaksindustrie strafrechtelijk verantwoordelijk? Wat vermag de civiele rechter in het speelveld van beleidsvrijheid en bescherming van de burger? Daarom: *to be continued...*