

Hoge Raad, 15 december 1995, Procter & Gamble v Kimberly-Clark



PROCESRECHT

Belangenafweging in kort geding: verbod niet noodzakelijk

• De aard van het kort geding brengt mee dat, zo naar het voorlopig oordeel van de kort geding rechter, de verwerende partij verplicht is bepaalde gedragingen na te laten — bijv. ingeval hij die gedragingen onrechtmatig en dus ontoelaatbaar acht, terwijl die gedragingen of soortgelijke gedragingen dreigen te worden voortgezet —, toewijzing van een te dier zake gevorderd verbod afhankelijk is van een belangenafweging waarbij onder meer enerzijds het voorlopig karakter van het rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een eventueel verbod voor de verweerder in aanmerking dienen te worden genomen en anderzijds de omvang van de schade die, mede in verband met de vrees voor herhaling, voor de eiser dreigt, indien een verbod zou uitblijven.

• De omstandigheid dat een zodanige afweging, zo de kort geding rechter de gedragingen onrechtmatig oordeelt, in de regel toewijzing van het gevorderde verbod voor de hand doet liggen, in het bijzonder wanneer schade door voortzetting van die gedragingen dreigt, neemt niet weg dat de kort geding rechter in de gegeven omstandigheden van een verbod kan afzien, bijv. in verband met zijn oordeel dat aan de belangen van de eiser voorlopig voldoende op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen.

De aard van het kort geding brengt voorts mee dat ter zake van een en ander geen uitvoerige motivering is vereist en dat, zo de kort geding rechter op de laatstbedoelde grond meent dat een verbod achterwege kan blijven, hij in de regel kan volstaan met aan te duiden op welke grond hij van oordeel is dat voorlopig reeds voldoende aan de belangen van de eiser recht is gedaan. Dit in beginsel sterk met de feiten verweven oordeel kan in cassatie in de regel slechts op begrijpelijkheid worden getoetst.

Vindplaatsen: NJ 1996, 5. m.nt Verkade

Hoge Raad, 15 december 1995

(Snijders, Mijnsen, Korthals Altes, Neleman, Heemskerk)

De vennootschap naar Belgisch recht Procter & Gamble Benelux N.V., te Brussel, België, eiseres tot cassatie, adv. mr. C.J.J.C. van Nispen, tegen

Kimberly-Clark Benelux Operations B.V., te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv. mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt. [...]

1 Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie — verder te noemen: P&G — heeft bij exploit van 2 februari 1994 onder meer verweerster in cassatie — verder te noemen: K-C — in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Breda en — kort gezegd — gevorderd K-C op straffe van dwangsommen wegens misleidende reclame, handelen in strijd met de zorgvuldigheid en plegen van merkinbreuk een aantal in de dagvaarding omschreven verboden op te leggen en K-C te veroordelen tot het plaatsen van rectificaties in de bladen en tijdschriften, waarin was geadverteerd, alsook op de televisie.

Bij vonnis van 24 februari 1994 heeft de President de vorderingen grotendeels toegewezen.

Tegen dit vonnis hebben beide partijen ieder voor zich hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch. K-C heeft ook incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 21 september 1994 heeft het Hof zowel op het principaal appel als op het incidenteel appel het bestreden vonnis bekrachtigd.

[...].

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

i P&G is op de Nederlandse markt aanbieder van de luiers 'Pampers'. K-C heeft luiers op de Nederlandse markt geïntroduceerd onder de naam 'Huggies'.

ii K-C heeft bij deze introductie een grootscheepse reclamecampagne gevoerd, waarbij zij gebruik heeft gemaakt van advertenties in vele bladen, van luierlekkagedemonstraties en van een TV-reclamespot.

iii K-C heeft zich ter zake van haar pretentie dat haar luier de meest droge is, beroepen op de resultaten van de TEWL-armbandtest, die is uitgevoerd door TNO en waarbij een (deel van) een luier om een blote onderarm van een volwassen vrouw wordt bevestigd en vervolgens wordt bevochtigd.

iv De President heeft in eerste aanleg onder meer een rectificatie van TV-spot bevolen van de volgende inhoud:

Rectificatie Huggies reclame. Dit is een rectificatie door Huggies van eerder uitgezonden reclamefilms. Daarin is beweerd dat Huggies bijna half zo dik als gewone luiers zouden zijn, terwijl wij voorts een quasi-test hebben laten zien waaruit zou moeten blijken dat Huggies droger zouden zijn dan alle andere luiers. Voormelde bewering en test zijn door de President

van de Arrondissementsrechtbank te Breda misleidend geoordeeld en onrechtmatig tegenover Procter & Gamble NV, de fabrikant van Pampers.

3.2 Het middel richt zich uitsluitend tegen rov. 4.2.3.2 van het Hof en de daarop gegronde afwijzing van het in het middel vermelde verbod. Deze overweging luidt:

Indien en voor zover K-C in haar reclame voor Huggies tot uitdrukking brengt dat een Huggie de meest droge luier is in alledaags gebruik, treedt K-C buiten de beperking die verbonden is aan de TEWL-test als door TNO uitgevoerd. Zonder de band met de TEWL-test is de claim 'de meest droge luier' of variaties op dit thema die op hetzelfde neerkomen, onvoldoende gerechtvaardigd en aldus ontoelaatbaar. Het Hof acht echter termen aanwezig om zich in het kader van dit kort geding tot de voorgaande overwegingen te beperken. De door de President gelaste rectificatie van de TV-spot voor Huggies, welke mede betrekking had op de visualisatie van de claim dat Huggies droger zijn dan alle andere luiers, moet immers beschouwd worden als een maatregel van zodanig ingrijpende aard, dat het Hof van oordeel is dat daarmee in het onderhavige geval kon en kan worden volstaan.

Het middel betoogt, kort gezegd, dat het Hof, nu het de mededelingen van K-C 'ontoelaatbaar' heeft geacht, gehouden was het door P&G verlangde verbod toe te wijzen. De door P&G op het punt van dit verbod verlangde voorziening hield in:

... K-C te verbieden om omtrent Huggies een misleidende mededeling openbaar te (laten) maken, en meer in het bijzonder om één van de volgende claims/mededelingen (...) te (laten) maken/doen:

i dat Huggies luiers ten opzichte van gewone luiers c.q. ten opzichte van Pampers

a droger zijn (...) en/of andere mededelingen of suggesties van gelijke strekking, subsidiar K-C te verbieden om omtrent Huggies mededelingen en claims/demonstraties/afbeeldingen en/of suggesties te (laten) doen, die niet slechts betreffen het (laten) doen van losse mededelingen betreffende de droogheid van Huggies.

3.3 Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat ingevolge art. 3:296 lid 1 BW de rechter die heeft vastgesteld dat de verwerende partij verplicht is bepaalde gedragingen na te laten, gehouden is aan deze partij een desbetreffend verbod op te leggen, behoudens de in dat artikel bedoelde, zich hier niet voordoende uitzonderingen. Indien, zoals hier, tevens art. 6:196 lid 1 van toepassing is, brengt dit in deze regel geen verandering, nu de vermelding in dit lid van de mogelijkheid om een verbod op te leggen geen zelfstandige betekenis heeft, doch moet worden beschouwd als een inleiding tot de in dat lid aan de rechter toegekende bevoegdheid om al of niet in combinatie met een verbod een rectificatie te bevelen, alsook tot de zowel voor het verbod als voor de rectificatie geldende leden 2 en 3 van dit artikel. De onderdelen 1 en 2 van het middel gaan in zoverre van een juiste rechtsopvatting uit.

Dit brengt mee dat het in dit geding aankomt op de in onderdeel 3 van het middel aan de orde gestelde vraag

of de hiervoor geformuleerde regel op dezelfde wijze dient te worden toegepast, wanneer het verbod wordt gevorderd bij wijze van onmiddellijke voorziening bij voorraad in een kort geding.

3.4 De aard van het kort geding brengt mee dat, zo naar het voorlopig oordeel van de kort geding rechter, de verwerende partij verplicht is bepaalde gedragingen na te laten — bijv. ingeval hij die gedragingen onrechtmatig en dus ontoelaatbaar acht, terwijl die gedragingen of soortgelijke gedragingen dreigen te worden voortgezet —, toewijzing van een te dier zake gevorderd verbod afhankelijk is van een belangenafweging waarbij onder meer enerzijds het voorlopig karakter van het rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een eventueel verbod voor de verweerder in aanmerking dienen te worden genomen en anderzijds de omvang van de schade die, mede in verband met de vrees voor herhaling, voor de eiser dreigt, indien een verbod zou uitblijven. De omstandigheid dat een zodanige afweging, zo de kort geding rechter de gedragingen onrechtmatig oordeelt, in de regel toewijzing van het gevorderde verbod voor de hand doet liggen, in het bijzonder wanneer schade door voortzetting van die gedragingen dreigt, neemt niet weg dat de kort geding rechter in de gegeven omstandigheden van een verbod kan afzien, bijv. in verband met zijn oordeel dat aan de belangen van de eiser voorlopig voldoende op andere wijze is of kan worden tegemoet gekomen.

De aard van het kort geding brengt voorts mee dat ter zake van een en ander geen uitvoerige motivering is vereist en dat, zo de kort geding rechter op de laatstbedoelde grond meent dat een verbod achterwege kan blijven, hij in de regel kan volstaan met aan te duiden op welke grond hij van oordeel is dat voorlopig reeds voldoende aan de belangen van de eiser recht is gedaan. Dit in beginsel sterk met de feiten verweven oordeel kan in cassatie in de regel slechts op begrijpelijkheid worden getoetst.

3.5 Het voorgaande brengt mee dat het middel faalt.

's Hofs voormelde overweging moet aldus worden verstaan dat het Hof in het licht van de hiervoor weergegeven, reeds door de President bevolen rectificatie en van de belangen die aan beide zijden waren betrokken bij het al of niet uitspreken van een verbod als door P&G verlangd, onvoldoende reden heeft gezien om op zijn voorlopig oordeel omtrent de ontoelaatbaarheid van de mededelingen van K-C een zodanig verbod te gronden, waarbij opmerking verdient dat de aard van een in algemene bewoordingen vervat verbod als hier aan de orde is, meebrengt dat de praktische gevolgen daarvan aanzienlijk moeilijker zijn te overzien dan die van een concrete rectificatie als door de President was bevolen.

Aldus verstaan geeft 's Hofs voormelde overweging geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde daarin besloten liggende gedachtengang ook geen nadere motivering. Evenmin kan worden gezegd dat 's Hofs oordeel in de gegeven omstandigheden onbegrijpelijk is. Daaraan doet niet af dat een rectificatie in beginsel er toe strekt in het verleden reeds gedane mededelingen te corrigeren, terwijl een verbod zich tegen toekomstige

mededelingen of gedragingen richt. Een voldoende indringende rectificatie kan immers ook het effect aan latere onjuiste mededelingen geheel of grotendeels ontnemen en de veroordeelde bewegingen in de toekomst van dergelijke mededelingen af te zien, zoals het Hof kennelijk heeft geoordeeld dat hier voorshands mag worden aangenomen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt P&G in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van K-C begroot op f 577,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

Conclusie A-G Vranken

Het geschil in cassatie

1 De onderhavige zaak heeft betrekking op een in de literatuur sterk omstreden en in de rechtspraak nog niet (duidelijk) besliste kwestie, te weten of een kort geding-rechter die constateert dat een gedraging ten aanzien waarvan een verbod wordt gevorderd, onrechtmatig is in de zin van art. 6:194 BW (misleidende reclame), niettemin bevoegd is geen verbod op te leggen.

2 Aan de orde is de betekenis en de onderlinge verhouding van art. 3:296 BW, inhoudende:

Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.,

en art. 6:196 lid 1 BW:

Indien iemand door het openbaar maken of laten openbaar maken van een in artikel 194 omschreven mededeling aan een ander schade heeft toegebracht of dreigt toe te brengen, kan de rechter hem op vordering van die ander niet alleen het openbaar maken of laten openbaar maken van zodanige mededeling verbieden, maar ook hem veroordelen tot het op een door de rechter aangegeven wijze openbaar maken of laten openbaar maken van een rectificatie van die mededeling.

Relevante feiten en procesverloop

3 Het geschil betreft de strijd tussen Pampers en Huggies over de kwaliteit van luiers. Pampers wordt op de Nederlandse markt gebracht door P&G. Eind 1993 heeft K-C de Huggies op de Nederlandse markt geïntroduceerd. Hierbij heeft K-C een grootscheepse reclame-campagne gevoerd door middel van onder meer advertenties in detailhandelsbladen en in tijdschriften voor het grote publiek, demonstraties, persmappen, produktinformatiefolders, gepersonaliseerde brieven aan moeders en een TV-reclamefilm. Zie de opsomming in r.o. 3.1 van het vonnis in kort geding.

4 P&G heeft K-C in kort geding gedagvaard en gesteld dat K-C in de reclame-uitingen claimt dat Huggies ten

opzichte van gewone luiers c.q. ten opzichte van Pampers

a minder vaak lekken;

b droger zijn;

c (bijna) half zo dik of (tot) 50% dunner zijn;

d extra/meer absorberend zijn,

als gevolg waarvan Huggies de beste luiers ter wereld zouden zijn en 'een reden om van luier te verwisselen'.

5 Volgens P&G zijn deze claims ten opzichte van Pampers onjuist en maakt K-C zich deswege schuldig aan misleidende reclame, handelt zij in strijd met de zorgvuldigheid en pleegt zij bovendien merkinbreuk. Stellende als gevolg hiervan schade te hebben geleden, vordert P&G — kort gezegd — op straffe van dwangsommen een reeks van verboden, een rectificatie in de bladen en tijdschriften waarin was geadverteerd, en een rectificatie op de televisie.

In cassatie kan onbesproken blijven dat in de eerste aanleg, ten dele door voeging van zaken, ook nog andere personen en vennootschappen waren betrokken.

6 De president heeft geoordeeld dat K-C zich schuldig heeft gemaakt aan misleidende reclame in de zin van art. 6:194 BW, met name sub a, f en j, alsmede aan merkinbreuk. Hij heeft de vorderingen van P&G grotendeels toegewezen. Beide partijen hebben ieder voor zich appel ingesteld. K-C heeft bovendien — op inhoudelijk dezelfde gronden als in haar eigen appel — incidenteel geappelleerd in het hoger beroep van P&G. In beide zaken heeft het hof het hoger beroep verworpen en het vonnis van de president bekrachtigd. De onderhavige cassatie betreft het arrest dat is gewezen op het appel van P&G.

7 Het gaat in deze cassatie nog slechts om een vordering die niet is toegewezen, te weten een verbod om in het openbaar te beweren dat Huggies droger zijn dan Pampers. De president heeft hieromtrent overwogen dat in het onderhavige kort geding niet is

vast te stellen welke van de door partijen toegepaste testmethoden ter bepaling van de droogheid van de luier de meest zorgvuldige methode is. In het kader van een reclame-campagne met betrekking tot het produkt luiers, is een slogan als 'de meest droge luier' of iets van gelijke strekking, ook al zou deze claim niet in absolute zin bewijsbaar zijn, niet dermate misleidend en onrechtmatig te achten, dat zij daarom verboden zou moeten worden. Dit soort superlatieven hoort tot de in de reclamewereld gebruikelijke overdrijving, die de consument, zolang het bij losse kreten blijft, met de nodige scepsis tegemoet zal treden. Wél kan worden gezegd, dat K-C in de TV-reclame door het tonen van een gefingeerd meetapparaat de consument heeft misleid. Hiermede wordt namelijk op quasi-wetenschappelijke wijze getoond en daarmee gepretendeerd dat de claim 'droogste' een objectief vastgesteld gegeven is.

8 Derhalve heeft de president K-C niet verboden in reclame-uitingen te beweren dat Huggies de droogste luiers zijn. Vergelijk het in r.o. 5 sub A geformuleerde verbod, waarin niet over de droogte van de luiers wordt gesproken. Evenmin behoeft K-C deze bewering voor zover die was opgenomen in reeds geplaatste adverten-

ties, te rectificeren. Zie de tekst van de in r.o. 5 sub B onder I geformuleerde rectificatie. Alleen in verbinding met de ‘moisture meter-test’ in de TV-reclamefilm heeft de president de bewering misleidend geoordeeld en heeft hij een rectificatie op de TV gelast. De rectificatie luidde (r.o. 5 sub B onder II):

Rectificatie Huggies reclame Dit is een rectificatie door Huggies van eerder uitgezonden reclamefilms. Daarin is beweerd dat Huggies bijna half zo dik als gewone luiers zouden zijn, terwijl wij voorts een quasi-test hebben laten zien waaruit zou moeten blijken dat Huggies droger zouden zijn dan alle andere luiers. Voormelde bewering en test zijn door de President van de Arrondissementsrechtbank te Breda misleidend geoordeeld en onrechtmatig tegenover Procter & Gamble NV, de fabrikant van Pampers. (Alleen in beeld.) Kimberly-Clark Benelux Operations BV

9 P&G heeft in grief II — grief I behandel ik bij de bespreking van de motiveringsklachten van de onderdelen 2 en 3 van het cassatiemiddel (hierna, nr. 27 e.v.) — het oordeel van de president bestreden dat de slogan ‘de meest droge luier’ een superlatief is dat behoort tot de in de reclamewereld gebruikelijke overdrijving en door de consument, zolang het bij losse kreten blijft, sceptisch wordt bejegend. Ten onrechte, aldus de grief, heeft de president om die reden de slogan, zo al in absolute zin niet bewijsbaar, niet dermate misleidend en onrechtmatig geoordeeld dat hij verboden zou moeten worden.

10 Het hof overweegt over deze grief in r.o. 4.2.3.1 en 4.2.3.2 als volgt: er is geen sprake van ‘losse kreten’ of een ‘slogan’. Waar K–C de consument belooft dat Huggies droger zijn dan alle andere luiers, meent zij wat zij zegt zonder enige restrictie. Daarbij beroept K–C zich op de resultaten van de zgn. Trans Epidermal Water Loss (TEWL)-test. Dienaangaande heeft het hof echter in de door K–C ingestelde appelprocedure al overwogen — en het hof verwijst hiernaar en neemt het over — dat de TEWL-test niet zonder meer als bewijs van superioriteit kan dienen op het gebied van ‘droogheid’ in de dagelijkse praktijk. Indien en voorzover K–C derhalve in haar reclame voor Huggies tot uitdrukking brengt dat Huggies de droogste luier is in het alledaagse gebruik, treedt zij buiten de grenzen van de TEWL-test. Zonder de band met de TEWL-test is, aldus het oordeel van het hof, de claim ‘de meest droge luier’ of variaties op dit thema die op hetzelfde neerkomen, onvoldoende gerechtvaardigd en aldus ontoelaatbaar.

11 Het hof vervolgt dan:

Het Hof acht echter termen aanwezig om zich in het kader van dit kort geding tot de voorgaande overwegingen te beperken. De door de President gelaste rectificatie van de TV-spot voor Huggies, welke mede betrekking had op de visualisatie van de claim dat Huggies droger zijn dan alle andere luiers, moet immers beschouwd worden als een maatregel van zodanig ingrijpende aard, dat het Hof van oordeel is dat daarmee in het onderhavige geval kon en kan worden volstaan. Grief II treft geen doel.

12 Het is met name deze overweging die P&G in cassatie bestrijdt met een in vier onderdelen uiteenvallend middel. Het beroep is tijdig ingesteld. K–C heeft tot verwerping geconcludeerd. De zaak is door de advocaten van partijen schriftelijk toegelicht.

Bespreking van het cassatiemiddel

Onderdelen 1–3 (rechtsklachten)

13 Onderdeel 1 acht onjuist dat hoewel het hof heeft geoordeeld dat zonder de band met de TEWL-test de claim ‘de meest droge luier’ ontoelaatbaar is, het geen verbod heeft opgelegd. Daartoe verwijst het onderdeel mede naar de overwegingen die het hof heeft ontleend aan zijn arrest, gewezen in de zaak waarin K–C geappelleerd heeft. Het hof heeft daarin uitgesproken dat K–C het verwijt treft dat zij welbewust — immers tegen beter weten in — de consument een onjuist beeld heeft gegeven zowel letterlijk als figuurlijk. Volgens het onderdeel heeft het hof art. 3:296 BW miskend, althans is zijn beslissing onjuist indien het heeft bedoeld dat zich één van de daarin genoemde uitzonderingen voordoet. Onderdeel 2 voegt hieraan toe dat indien het hof heeft gemeend dat art. 6:196 lid 1 BW afdoet aan dan wel een uitzondering vormt op art. 3:296 BW, zo’n oordeel rechtens onjuist is. Ook de omstandigheid dat het hof recht deed in kort geding is geen reden om het gevorderde verbod te weigeren, temeer niet, aldus onderdeel 3, nu het hof oordeelde in hoger beroep.

14 Het cassatiemiddel is zodanig geformuleerd dat het de Hoge Raad de gelegenheid biedt zich duidelijk uit te spreken over zowel de betekenis als de onderlinge verhouding van art. 6:196 lid 1 BW en art. 3:296 BW in kort geding: heeft de rechter, gegeven de onrechtmatigheid, een discretionaire bevoegdheid bij het opleggen van een verbod? Gelet op het omstreden karakter van de materie, geef ik de Hoge Raad in overweging zich ten principale uit te spreken.

15 Ik begin met art. 6:196 lid 1 BW. De bepaling is ontleend aan art. 1416c lid 1 (oud) BW, dat was ingevoerd bij wet van 6 juni 1980, Stb. 304, houdende regelen omtrent de privaatrechtelijke bescherming tegen misleidende reclame. De regeling is op 14 juli 1980 in werking getreden. Bij de totstandkoming ervan is reeds rekening gehouden met de op dat moment circulerende stukken voor een EG-richtlijn over misleidende reclame.

In deze zin onder meer Verkade, *Misleidende reclame*, Mon. nieuw BW-B 49, 1992, p. 24 en Holzhauser, *Ontoelaatbare reclame*, 1994, p. 99–100.

De ‘op dat moment circulerende stukken’ waren het Voorstel voor de Richtlijn (Pb 1978, nr. C 70/4) en de adviezen van het Economisch en Sociaal Comité en van het Europese Parlement (Pb 1979, nr. C 171/43 resp. Pb 1979, nr. C 140/24).

16 De Europese Richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame is op 10 september 1984 tot stand gekomen (Pb L 250/17). Art. 4 houdt in dat de lid-staten er voor moeten zorgen dat rechterlijke of bestuurlijke instanties de bevoegdheid krijgen om indien zij dit — rekening houdend met alle belangen die op het spel staan en met het algemeen belang — nodig oordelen, een bevel tot staking van de misleidende reclame op te leggen. Kort-

om: een bevoegdheid, geen verplichting. Hetzelfde is bepaald voor een bevel tot rectificatie. Wel teken ik aan dat uit art. 7 Richtlijn volgt dat de lid-staten een verdergaande bescherming in hun wetgeving kunnen opnemen. Voorts moeten de lid-staten er voor zorgen dat de sancties kunnen worden opgelegd in een versnelde procedure, hetzij definitief, hetzij voorlopig.

17 Art. 1416c lid 1 (oud) BW spreekt over 'kan'. Dat duidt op een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Toch is de parlementaire geschiedenis in dit opzicht niet helemaal duidelijk. Alleen ten aanzien van het bevel tot rectificatie staat vast dat, ook indien aan de voorwaarden van de bepaling is voldaan, de rechter niet verplicht is om rectificatie te bevelen. Expliciet in deze zin MvT (Tweede Kamer 13.611, nr. 3), p. 14, 2e alinea: de rechter kan het bevel weigeren indien de omstandigheden van het geval hem daartoe aanleiding geven. Zie in dezelfde zin over het huidige art. 6:196 lid 1 BW — dat een ongewijzigde voortzetting is van art. 1416c lid 1 (oud) BW — onder meer Verkade, t.a.p., 1992, p. 62; Holzhauser, t.a.p., 1994, p. 63 en Onrechtmatige Daad (Van Nispen), ad art. 6:196, aant. 4.

18 Ten aanzien van het verbod is onzeker(der) of de bepaling voorziet in een discretionaire bevoegdheid. Op p. 7 van de MvT lees ik:

Op grond van het ontworpen art. 1416c kan de rechter — naar mag worden verwacht in de regel de rechter in kort geding wegens de wenselijkheid van een snelle maatregel — aan ieder die door een misleidende mededeling aan een ander schade toebrengt of dreigt toe te brengen niet alleen een verbod opleggen ...

(curs. toegev. JBMV).

Ik wijs ook op p. 15 van de MvA in een passage over de bewijslastverdeling:

Wordt in kort geding een verbod gevraagd van bepaalde, volgens de eiser onjuiste en daardoor misleidende mededelingen, en kan de gedaagde de juistheid van deze mededelingen niet op korte termijn aannemelijk maken, dan zal de president, de belangen van partijen tegen elkaar afwegende, voorshands tot het opleggen van een verbod kunnen komen (Hoge Raad 21 april 1978, RvdW 1978, nr. 52* [1]).

19 Hier staat tegenover dat art. 1416c (oud) BW vooral ontworpen is om in zaken betreffende misleidende reclame de mogelijkheid van een bevel tot rectificatie buiten twijfel te stellen (lid 1) en om de weg vrij te maken voor een collectieve belangenbehartiging, die toen in het algemene recht minder ontwikkeld was dan thans (lid 2 Emmerich, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 1995, p. 383–385 geeft aan dat de collectieve actiebevoegdheid ook in de BRD, Oostenrijk en Zwitserland sterk op de voorgrond stond.). 'Aan de mogelijkheid van het opleggen van een verbod, die in het huidige recht reeds algemeen wordt aanvaard, is daarnaast uitdrukkelijk herinnerd ter inleiding van het tweede lid, dat immers ook op beide hier bedoelde vorderingen betrekking heeft' (p. 14 MvT, 1e alinea).

20 Asser-Rutten III, 1983, p. 226 jo p. 128 legt hetgeen in de MvT over het verbod gezegd is, uit als een verwijzing naar wat reeds op grond van art. 1401 (oud) BW gold: een verbod van onrechtmatig handelen in de

toekomst. In de opvolgende drukken van Asser-Hartkamp III, 1986, nr. 253 jo 118/119; 1990, nr. 253 jo 118, 118f en 119; 1994, nr. 253 jo 118, 118f en 119 is dit standpunt onveranderd gebleven. Of hiermee bedoeld wordt dat ten aanzien van het opleggen van een verbod art. 1416c lid 1 (oud) BW — thans art. 6:196 lid 1 BW — identiek is met (of zo men wil, overbodig is naast) wat reeds naar oud recht in het algemeen gold — en dat in zoverre niet afwijkt van het huidige art. 3:296 BW —, kan ik er echter niet met zekerheid uit afleiden. Ook Verkade, t.a.p., p. 61 laat ruimte voor enige twijfel waar hij zegt dat hoewel art. 6:196 spreekt van een rechterlijke bevoegdheid om een verbod op te leggen, in gevallen dat de onrechtmatigheid niet betwist wordt als regel een verbod zal volgen. De twijfel ziet vooral op de betekenis van het 'als regel'. Bedoelt hij daarmee dat onder omstandigheden een belangenafweging kan plaatsvinden of heeft hij alleen het oog op gebrek aan belang (art. 3:303 BW), rechtsverwerking, misbruik van (proces)recht, de wet, een rechtshandeling of de aard van de verplichting (art. 3:296 BW), zwaarwegende maatschappelijke belangen (art. 6:168 BW) en/of de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW, waarover de opvolgende drukken van Asser-Hartkamp, t.a.p., nr. 119? Uitgesproken is Onrechtmatige Daad (Van Nispen), ad art. 6:196, aant. 3, die stelt dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest af te wijken van de hoofdregel van art. 3:296 BW ingevolge welke de rechter verplicht is een verbod op te leggen bij (dreigend) onrechtmatig handelen.

21 Uit het voorgaande volgt dat ik de bedoelingen van de wetgever ten aanzien van het verbod minder eenduidig vind dan Van Nispen. De overname van art. 1416a e.v. (oud) BW in het huidige BW heeft hierin geen verbetering gebracht, omdat de bepalingen nauwelijks gewijzigd zijn en niet opnieuw zijn toegelicht (PG Inv.wet boek 6, p. 1400–1402 jo 1860–1861). Desondanks ben ik geneigd om in dit opzicht art. 6:196 lid 1 BW niet anders uit te leggen dan art. 3:296 BW. Door-slaggevend is voor mij behalve hetgeen ik onder 19 en 20 vermeld heb over de inbedding van de verbodsvordering in het algemene recht, het argument dat ik geen reden kan bedenken waarom iemand die onrechtmatig heeft gehandeld door zich schuldig te maken aan misleidende reclame, wat betreft de mogelijkheid om door een verbod te worden getroffen anders moet worden bejegend dan iemand die een andere onrechtmatige daad pleegt.

22 Dit brengt mij op art. 3:296 BW. In de rechtspraak is aanvaard dat de rechter in een bodemprocedure verplicht is bij onrechtmatigheid desgevorderd een verbod uit te spreken. Ik verwijs kortheidshalve naar HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 (Claas/Van Tongeren) waarin dit met zoveel woorden voor het oude recht is uitgesproken: indien eenmaal de onrechtmatigheid van de gedraging ter zake waarvan een verbod wordt gevraagd, vaststaat, is dat verbod in beginsel* [2] zonder meer toewijsbaar en niet meer afhankelijk van een nadere belangenafweging. Zie eveneens HR 24 november 1989, NJ 1992, nr. 404 (r.o. 4.2.4).

23 De literatuur staat op hetzelfde standpunt. Zie voor het oude recht in deze zin reeds Van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel, diss. 1978, nr. 175 en 176 jo nr. 198 (met in nr. 174 de tot dan afwijkende opvattingen). Zie voorts Asser-Hartkamp III, 1994, nr. 119; Jongbloed, Reële executie in het privaatrecht, 1987, p. 12 en 282–283; Vermogensrecht (Jongbloed), ad art. 3:296, aant. 4 m.b.t. het oude recht en aant. 5 voor het huidige recht; Van Nispen, Sancties in het vermogensrecht, Mon. nieuw BW, A-11, 1988 nr. 6 en 16.

24 In het genoemde arrest van 1985 heeft de Hoge Raad zijn beslissing besloten met de zinsnede: ‘waarbij aantekening verdient dat het hier niet om een k.g. gaat’. Asser-Hartkamp III, 1994, leidt hieruit af dat de Hoge Raad kennelijk aanneemt dat de kort geding-rechter, in tegenstelling tot zijn collega bodemrechter, de bevoegdheid heeft om ondanks gebleken onrechtmatigheid geen verbod op te leggen. In dezelfde zin E. Korthals Altes, Belangenafweging en doelmatigheidsoverwegingen in kort geding, in: Kort geding en toetsing, 1985, p. 3–4; Schenk-Blauw, Het kort geding. Algemeen Deel, 1992, p. 11–16; Bijzonder Deel, 1995, p. 142. Een andere opvatting verdedigden onder meer Meijers-Vermeulen, Het kort geding, 1967, p. 104–106 (zij het dat p. 119 hiermee niet strookt); Van Rossem-Cleveringa, Verklaring, ad art. 289, aant. 11, p. 778; Van Nispen in zijn dissertatie, t.a.p., 1978, nr. 209 jo 216 en 222–224. Juist op dit punt is Van Nispen bestreden door zijn recensenten Schenk en Pels Rijcken in resp. RM Themis 1979, p. 315 e.v. en WPNR 5595 (1982), p. 89 e.v. Uit zijn latere publicaties blijkt dat hij onverkort aan zijn standpunt vasthoudt, ook na het arrest van 1985: zie onder meer zijn Mon. nieuw BW, A-11, t.a.p., 1988, nr. 16 (p. 35–36), alsmede zijn overzicht in Onrechtmatige Daad II (oud), nr. 261.4.

25 Ik zou mij willen aansluiten bij degenen die de rechter in kort geding discretionaire bevoegdheid toekennen. Het oordeel van de kort geding-rechter over — om bij het onderhavige geval te blijven — de onrechtmatigheid van een bepaalde gedraging is altijd voorlopig. Weliswaar zal hij zijn beslissing zoveel mogelijk afstemmen op wat hij verwacht dat in de bodemprocedure beslist zal worden, maar de feiten op basis waarvan hij dit moet doen, kunnen zeer onvolledig zijn. Voorts zal veelal de tijd ontbreken voor een grondig onderzoek van de juridische aspecten van de zaak. Daarnaast geldt dat ook andere factoren dan de verwachting wat de bodemrechter zal beslissen, van belang kunnen zijn. Van de kort geding-rechter wordt een ordemaatregel gevraagd, dit wil zeggen een voorlopige voorziening in een op dat moment feitelijk en/of juridisch nog niet volledig tot klaarheid gebracht geschil. Daarmee verdraagt zich m.i. niet de in het cassatiemiddel verdedigde strakke koppeling van een voorlopig oordeel over de materiële rechtsverhouding — als gezegd slechts één van de relevante factoren, zij het, zo voeg ik toe, vaak een zeer belangrijke — en een verbod of bevel. Ik vind dit ook hét grote verschil met een bodemprocedure: daarin staat de materiële rechtsverhouding centraal. Over deze materiële verhouding wordt definitief beslist. Luidt de beslissing dat de ene

partij jegens de andere onrechtmatig heeft gehandeld, dan past daarbij ook in beginsel een verbod of bevel. Er is immers geen sprake van een ordemaatregel, maar van een rechtsmaatregel: de benadeelde krijgt wat hem rechtens toekomt. In kort geding staat dit ‘rechtens toekomen’ nu juist niet vast. Bij de te treffen voorlopige voorziening moet hiermee rekening worden gehouden en dat verwijst al gauw (mede) naar de wederzijdse belangen van partijen. Dit strookt ook met de maatstaf die in art. 289 Rv is neergelegd: gelet op de belangen van partijen. Vergelijk eveneens de bevoegdheid van de kort geding-rechter uit hoofde van art. 291 Rv die in een bodemprocedure ondenkbaar zou zijn.

26 Samenvattend: ook los van de vraag of HR 28 juni 1985, NJ 1986, 356 (Claas/Van Tongeren) dit al inhoudt, meen ik dat de kort geding-rechter in beginsel de bevoegdheid niet ontzegd kan worden om geen verbod uit te spreken hoewel er naar zijn voorlopig oordeel onrechtmatig is gehandeld. Zijn vrijheid reikt verder dan de uitzonderingen die in een bodemprocedure bestaan (hiervoor noot 3). Ten aanzien van misleidende reclame is dit niet anders. Zie ook hetgeen ik hiervoor in nr. 18 heb geciteerd uit de wetsgeschiedenis: dat wijst er op dat ook de wetgever van een discretionaire bevoegdheid van de rechter in kort geding is uitgegaan. Voor zover de onderdelen 1–3 van een andere rechtsopvatting uitgaan en niet reeds afstuiten op feitelijke grondslag missende veronderstellingen, falen ze derhalve.

Onderdelen 2 en 3 (motiveringsklachten)

27 Iets anders is dat indien de kort geding-rechter gebruik maakt van zijn bevoegdheid om ondanks gekonstateerde onrechtmatigheid geen verbod op te leggen, hij deze beslissing deugdelijk zal moeten motiveren. Met deugdelijk bedoel ik dat de motivering er blijk van moet geven dat ook in kort geding als uitgangspunt heeft te gelden dat de partij jegens wie onrechtmatig is of wordt gehandeld — ik blijf bij dit voorbeeld —, er recht op heeft dat deze onrechtmatigheid verboden wordt en dat het niet-verbieden gerechtvaardigd dient te worden. Dit betekent dat indien afgeweken wordt van het uitgangspunt, hogere motiveringseisen gelden dan in kort geding veelal gebruikelijk zijn.

Veelal, niet altijd. Zie voor andere voorbeelden van hogere motiveringseisen in kort geding HR 22 januari 1992, NJ 1983, 505 (geldsommen); HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (belediging); HR 19 april 1991, NJ 1991, 629 (dwangsommen); HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (octrooi-inbreuken).

De reden voor deze verscherpte motiveringsplicht in een geval als het onderhavige is niet gelegen in het feit dat het een geschil betreft over misleidende reclame dat meestal in kort geding wordt uitgevochten, en evenmin dat er zwaarwegende belangen op het spel staan: dat is geen bijzonderheid bij misleidende reclame. De reden is dat niemand rechtens gehouden kan worden te moeten leven in een situatie van (dreigend) onrechtmatig handelen.

28 Wel teken ik aan dat ik er bij het voorgaande steeds van ben uitgegaan dat de kort geding-rechter, hoe zeer

hij ook altijd slechts voorlopig kan oordelen, de onrechtmatigheid zonder (veel) aarzelen constateert. Dat is lang niet altijd het geval. In de aard van het kort geding ligt besloten de mogelijkheid dat de materiële rechtsverhouding onduidelijk blijft. In zo'n geval kan vanwege de ernst en onherroepelijkheid van de gevolgen het niet opleggen van een verbod gerechtvaardigd zijn. Ook anderszins kan dit gerechtvaardigd zijn, maar het voert te ver om de varianten die zich hierbij kunnen voordoen in deze conclusie breed te categoriseren.

29 Ik beperk mij tot het onderhavige geval. Als eerste wil ik proberen vast te stellen wat het hof wel en niet ontoelaatbaar heeft geacht, met andere woorden waarop het verbod dat het hof volgens P&G onvoldoende gemotiveerd heeft afgewezen, betrekking zou moeten hebben. Echt duidelijk is het arrest van het hof hierover niet. Ik loop de stukken na.

30 P&G heeft gevorderd K-C te verbieden in het openbaar te beweren dat Huggies droger zijn dan andere luiers c.q. dan Pampers. Beide partijen hebben zich op verschillende testmethoden beroepen, maar de president heeft geoordeeld dat in dit kort geding niet is vast te stellen welke methode de meest zorgvuldige is. Dientengevolge heeft hij — aldus ook de interpretatie door het hof van het vonnis van de president (r.o. 4.2.2.1 slot) — de juistheid van de claim van K-C dat Huggies de meest droge luier is in het midden gelaten. Daarop aansluitend heeft hij het risico van een onjuiste en naar haar aard onherstelbare beslissing vanwege de ingrijpende gevolgen niet willen nemen en het gevorderde verbod afgewezen.

31 P&G heeft hiertegen in grief I van haar appel aangevoerd dat op de adverteerder de last rust de juistheid van de door hem gestelde of gesuggereerde feiten te bewijzen en dat dit, wanneer hem dat niet lukt, voor zijn risico komt: de feiten zijn dan misleidend en het gevorderde verbod moet worden toegewezen. Het hof heeft de grief verworpen. Het heeft zich geschaard achter het oordeel van de president (r.o. 4.2.2.2) en daaraan nog toegevoegd dat P&G zich in het verleden ook bediend heeft van de TEWL-test waarop K-C zich thans beroept, alsook dat uit onderzoek is gebleken dat luiers van topkwaliteit elkaar in drooghoudend vermogen niet of nauwelijks ontlopen. Mede hieruit leidt het hof af dat niet gezegd kan worden dat de TEWL-test niet de meest zorgvuldige methode is.

32 Ik kan dit niet anders uitleggen dan dat ook naar het oordeel van het hof K-C best gelijk kan hebben met haar slogan 'de meest droge luier' en dat het daarom evenals de president de juistheid van de slogan in het midden heeft gelaten en geen verbod heeft opgelegd. Kortom: hiervan uitgaande lijkt het er op dat volgens het hof K-C vrijelijk mag adverteren met de claim 'de meest droge luier'.

33 Toch (b)lijkt deze conclusie, gelet op hetgeen het hof vervolgens overweegt omtrent grief II, onjuist. Zie hierboven nr. 9 en 10 waarin ik deze grief en de beslissing van het hof hierop heb weergegeven. Ik begrijp deze overwegingen, waarin tevens verwezen wordt naar r.o. 4.6.4 en 4.6.5 van het arrest met K-C als appellante, aldus dat de TEWL-test waarop K-C zich ter

staving van de juistheid van haar claim 'de meest droge luier' heeft beroepen, niet zonder meer als bewijs kan dienen voor de superioriteit van Huggies in de dagelijkse praktijk.

M.i. impliceert dit een gedeeltelijke gegrondbevinding van grief I, maar dat is niet gebeurd.

34 Het voorgaande zou er op kunnen wijzen dat het hof van oordeel is dat het K-C niet vrij staat de slogan 'de meest droge luier in de dagelijkse praktijk' te hanteren, maar wel 'sec', dit wil zeggen zonder de toevoeging 'in de dagelijkse praktijk'. Toch ben ik hiervan niet zeker, omdat de zin in r.o. 4.2.3.2

I ndien en voorzover K-C in haar reclame voor Huggies tot uitdrukking brengt dat een Huggie de meest droge luier is in alledaags gebruik treedt K-C buiten de beperking die verbonden is aan de TEWL-test als door TNO uitgevoerd.

er op zou kunnen duiden dat het hof van oordeel is dat de slogan 'sec' (vrijwel) altijd mede omvat 'het alledaags gebruik'. Kortom, in deze lezing van het arrest mag K-C (vrijwel) nooit beweren dat Huggies de meest droge luier is.

35 Op de hiervoor geciteerde zin volgt echter de zin:

Zonder de band met de TEWL-test is de claim 'de meest droge luier' of variaties op dit thema die op hetzelfde neerkomen onvoldoende gerechtvaardigd en aldus ontoelaatbaar.

De overweging lijkt in te houden dat met de band met de TEWL-test de claim wel gerechtvaardigd is. Toch denk ik niet dat het hof dit bedoeld heeft. M.i. bedoelt het hof dat K-C wellicht zou kunnen betogen dat uit de TEWL-test blijkt dat Huggies de meest droge luiers zijn, maar dat dit toch weer niet kan omdat een dergelijke bewering (vrijwel) altijd de suggestie inhoudt dat dit ook in de dagelijkse praktijk het geval is, en dat vindt nu juist geen steun in de TEWL-test. Kortom, behoudens voor zover die suggestie niet wordt gewekt (indien al mogelijk), dan wel door op dit punt in de reclame uitdrukkelijk een voorbehoud te maken (en dat zal niemand doen, want dat is anti-reclame), is in deze interpretatie van het arrest van het hof, de slogan 'de meest droge luier' ontoelaatbaar.

36 Uit de nrs. 33–35 volgt waarom ik het niet helemaal duidelijk vind of het hof de claim 'de meest droge luier' sec ontoelaatbaar heeft geacht dan wel slechts met de toevoeging of suggestie 'in de alledaagse praktijk'.

37 Het hof heeft noch voor het een noch voor het ander een verbod opgelegd. Zijn argument hiervoor is dat de door de president gelaste rectificatie van de TV-spot mede betrekking had op de visualisatie van de claim door de 'moisture meter test' en dat het hof dit heeft beschouwd als een maatregel van zodanig ingrijpende aard dat daarmee in het onderhavige geval kon worden volstaan (r.o. 4.2.3.2, hiervoor onder 11 geciteerd).

38 Het cassatiemiddel voert hiertegen in onderdeel 2 aan dat de TV-rectificatie geenszins waarborgt dat K-C zich in de toekomst zal onthouden van het doen van ontoelaatbare mededelingen, waardoor ook het effect van de rectificatie wordt aangetast, terwijl voorts niet begrijpelijk is waarom de rectificatie van zodanig ingrijpende aard is dat een verbod te ver zou gaan.

39 Bij de beoordeling van deze klacht staat voorop dat de test waarop de rectificatie betrekking heeft, de 'moisture meter test' is en dat de ontoelaatbaarheid van de claim 'de meest droge luier' door het hof uitsluitend is getoetst aan de TEWL-test. Voorts staat voorop dat de 'moisture meter test' alleen in de reclamefilm op TV is gebruikt, niet in de advertenties, in periodieken of in het andere schriftelijk reclamemateriaal. Om deze reden is vanzelfsprekend ook de rectificatie waarop het hof doelt, alleen op TV uitgezonden: in de periodieken en anderszins viel op dit punt immers niets te rectificeren.

40 Onderdeel 2 wijst er terecht op dat een rechterlijk verbod een ander doel dient dan een rectificatie. Een rectificatie is gericht op herstel van iets uit het verleden, terwijl een verbod rechtstreeks het gedrag van de veroordeelde partij in de toekomst betreft en dit aan banden legt. Anders gezegd: een rectificatie waarborgt in genen dele dat een partij zich in de toekomst zal onthouden van het doen van de ontoelaatbaar geoordeelde reclame. Met name dwingt een rectificatie minder tot terughoudendheid bij het uitproberen van nieuwe varianten dan een verbod met dwangsom.

41 In het onderhavige geval heeft het hof het gebruik door K-C van de claim 'de droogste luier' hetzij sec hetzij met de toevoeging of suggestie 'in de dagelijkse praktijk', voorshands, maar wel zonder veel aarzelen onrechtmatig geoordeeld. Ik kan niet inzien waarom in zo'n situatie kan worden volstaan met een rectificatie zoals het hof heeft geoordeeld. Natuurlijk is een rectificatie op TV ingrijpend, maar K-C heeft dat geheel over zichzelf afgeroepen. Bovendien en vooral echter is er het belang van P&G om gevrijwaard te blijven van misleidende reclame ten koste van haar producten. In het oordeel van het hof wordt dit belang m.i. niet voldoende beschermd, althans wordt niet duidelijk waarom het moet wijken voor andere belangen (aan de zijde van K-C) en welke belangen dit zijn. K-C kan zonder druk van dwangsommen experimenteren met nieuwe formuleringen, niet alleen in advertenties in schriftelijke vorm, maar ook op TV: uit de stukken blijkt dat er al sprake is van een nieuw, omstreden reclamefilmje.

42 In het licht hiervan en gegeven — ik herhaal het — dat het hof zonder veel aarzelen de claim voor zover niet gesteund door de TEWL-test misleidend heeft genoemd, meen ik dat zijn beslissing om te kunnen volstaan met een rectificatie op TV, niet voldoende gemotiveerd is. Dit geldt ongeacht hoe de ontoelaatbaarheid van de claim begrepen moet worden. In alle varianten die het hof mogelijk bedoelt, kan de motivering niet door de beugel. De klacht daarover in onderdeel 2 acht ik derhalve gegrond. Hetzelfde geldt voor onderdeel 3 voor zover daarin wordt betoogd dat in het arrest van het hof niet duidelijk is welk zwaarwegend belang van K-C aan toewijzing van de verbodsvordering in de weg heeft gestaan.

Onderdeel 4

43 Onderdeel 4 is bij gegrondbevinding van de motiveringsklachten van de onderdelen 2 en 3 in zoverre van belang dat wanneer geoordeeld moet worden dat het

petitum niet zodanig is geformuleerd en niet zodanig is uit te leggen dat het een verbod mogelijk maakt dat aansluit op wat in de claim 'de meest droge luier' onrechtmatig is, reeds op die grond het cassatieberoep moet worden verworpen en de motiveringsklachten van de onderdelen 2 en 3 niet behandeld zouden behoeven te worden. Ik meen dat deze situatie zich niet voordoet. 44 P&G heeft in appel gevorderd:

A.I. K-C te verbieden om omtrent Huggies een misleidende mededeling openbaar te (laten) maken, en meer in het bijzonder om één van de volgende claims/mededelingen/afbeeldingen/demonstraties te (laten) maken/doen:

i dat Huggies luiers ten opzichte van gewone luiers c.q. ten opzichte van Pampers

a droger zijn;

b ...

ii ...

iii ...

iv ... en/of andere mededelingen of suggesties van gelijke strekking, Subsidiair (alleen voor wat betreft A I (i) sub (a) ...: K-C te verbieden om omtrent Huggies mededelingen en claims/demonstraties/afbeeldingen en/of suggesties te (laten) doen, die niet slechts betreffen het (laten) doen van losse mededelingen betreffende de droogheid van Huggies;

45 De formulering van deze verbodsvordering verhindert niet een beslissing na cassatie en verwijzing, waarin de claim 'de droogste luier' met de toevoeging of suggestie 'in de dagelijkse praktijk' wordt verboden. HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107 — zie ook reeds HR 14 februari 1946, NJ 1947, 155 en HR 5 november 1982, NJ 1983, 125 — verplicht de rechter om een minder verstrekkende voorziening toe te wijzen indien de gevorderde voorziening als te vergaand moet worden afgewezen, mits hij aannemelijk oordeelt dat het mindere in het meerdere besloten ligt. Partijen kunnen dit zelf gemakkelijk bewerkstelligen door het toevoegen van een zinsnede in de trant van: 'althans een zodanig verbod als de rechter in goede justitie zal vermenen te behoren'. In casu ontbreekt deze zinsnede, maar nergens blijkt uit dat P&G zich heeft willen beperken tot het geformuleerde primaire en subsidiaire verbod. Ik zou dat ook te vergaand vinden, omdat vaak niet precies te voorzien zal zijn, zeker niet in kort geding, hoe de zaak zich zal ontwikkelen: wat zal de rechter al of niet onrechtmatig oordelen en welke belangen spelen er mee die wellicht een minder vergaande voorziening nodig maken? Voorts zal het meer dan eens voorkomen dat de rechter het verbod niet in de formulering van eiser wil opleggen, maar wel in andere bewoordingen. Kortom, enige soepelheid is gewenst en dat is ook wat mijns inziens de achtergrond vormt van de geciteerde rechtspraak. Ik meen derhalve dat zich hier niet de situatie voordoet dat de rechter iets anders zou moeten toewijzen dan wat gevorderd is. Evenmin zal een dergelijk verbod een ontoelaatbare verrassing zijn voor K-C. Daarvoor ligt het te dicht bij het debat van partijen over de TEWL-test. Bovendien zal K-C na verwijzing nog voldoende gelegenheid hebben om haar standpunt kenbaar te maken. Pas dan

speelt de kwestie: het hof heeft immers het verbod niet afgewezen op de grond dat de vordering van P&G in dit opzicht te ruim of te vergaand was, maar omdat de rectificatie op de TV al voldoende werd geoordeeld.

46 Mocht de Hoge Raad, anders dan ik, de motiveringsklachten van de onderdelen 2 en 3 ongegrond oordelen, dan zal ook onderdeel 4 falen. In de beslissing van het hof moet dan geacht worden besloten te liggen dat met de rectificatie op de TV kon worden volstaan. Voor andere voorzieningen was en is dan geen plaats, mitsdien ook niet voor een minder verstrekkend verbod dan P&G heeft gevorderd.

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.
