

# Zweite Kammer/ Deuxième Chambre 06.11.2013

## 1. Hängige Verfahren/Procédures en cours

- a) N° 235/13  
(Télécommunication - Abonnement téléphonique et DSL)

## 2. Verfahren/Procédures

- a) Konkurrentenbeschwerde  
Nr. 230/13  
(Irreführende Darstellung - TV-Spot «Kalkwürfel-Test»)
- b) Plainte contre un concurrent  
N° 253/13  
(Tromperie - TV-Spot «           tra di voi»)
- c) Nr. 249/13  
(Unrichtige Angaben - Plakate «Milch. Dein natürliches Fitnessprogramm»)
- d) Nr. 236/13  
(Telekommunikation - «Gratis in alle Schweizer Netze telefonieren»)
- e) Nr. 226/13  
(Direktmarketing - Werbeschreiben trotz Eintrag in Robinsonliste, Bekanntgabe Adressherkunft)
- f) N° 263/13  
(Sexisme - Annonce «Soignez votre vitrine sur le web» dans un programme d'un festival)
- g) N° 262/13  
(Sexisme - Annonce «Doublement tactile, doublement excitant.»)

## 1. Hängige Verfahren/Procédures en cours

a) N° 235/13

(Télécommunication - Abonnement téléphonique et DSL)

La Deuxième Chambre,

**c o n s i d é r a n t c e q u i s u i t :**

- 1 La partie plaignante fait valoir qu'un représentant de la partie défenderesse aurait vanté son offre Internet en affirmant qu'elle serait deux fois plus rapide que l'offre de [REDACTED]. La partie plaignante ayant fait confiance à la partie défenderesse, elle aurait donc conclu un contrat avec cette dernière. Mais en réalité, en raison de la nature des lignes téléphoniques disponibles, le raccordement Internet n'aurait pas été plus rapide. Cela n'aurait pas été mentionné par le représentant.
- 2 La partie défenderesse fait valoir que la visite à domicile du représentant aurait déjà eu lieu en 2010. Le contrat conclu suite à cette visite aurait été exécuté par les deux parties de manière irréprochable. Le nouveau contrat de l'année 2012 aurait été conclu sans visite à domicile du représentant. La présentation de la situation de fait par la partie plaignante serait donc fausse.
- 3 Les présentations de la situation de fait fournies par les deux parties sont diamétralement opposées. C'est pourquoi l'occasion a été donnée à la partie plaignante de prendre position sur les présentations de la situation de fait de la partie défenderesse. Dans sa décision du 18 septembre 2013, notifiée le 2 octobre 2013, la Première Chambre a invité la partie plaignante, dans un délai de 20 jours:
  - à prendre position sur la présentation de la situation de fait de la partie défenderesse ainsi qu'à
  - nous remettre le contrat conclu avec [REDACTED] qui était en vigueur avant que la partie plaignante ne décide de passer à la partie défenderesse, et ce, sous la forme d'une copie bien lisible.
- 4 Avec sa requête du 18 octobre 2013, la partie plaignante a fait usage de cette possibilité. Elle renvoie à un contrat signé du 26 mai 2012. Selon elle, ce contrat ne procure pas les possibilités qui auraient été promises. Dans le cas d'espèce, elle estime qu'il y a déloyauté du fait que le représentant de la partie défenderesse aurait clairement promis une liaison Internet deux fois plus rapide au même prix que chez [REDACTED].
- 5 Même après la présentation de l'information complémentaire par la partie plaignante, aujourd'hui comme hier, dans la présente procédure, on a affaire à deux assertions diamétralement opposées des parties, et il n'existe aucun moyen de preuve au sujet des promesses publicitaires orales en question qui auraient été formulées par le représentant de la partie défenderesse. Bien que dans une procédure portée devant la Commission Suisse pour la Loyauté, le fait de rendre crédibles les assertions est en principe suffisant et que l'on ne soit pas tenu d'apporter la preuve stricte, il faut du moins toutefois que des indices objectifs suffisants existent qui soient en mesure de parler en faveur de la véracité de l'affirmation de l'une des parties et de la fausseté de l'assertion de l'autre partie. Dès lors que ce n'est pas le cas dans le cas d'espèce, il faut donc rejeter la plainte.
- 6 Il ne s'agit pas non plus ici d'un cas d'application du renversement du fardeau de la preuve selon la Règle n° 1.8 de la Commission Suisse pour la Loyauté, resp. selon l'art. 13a, al. 1 LCD. Le publicitaire n'assume la charge de la preuve que pour la véracité d'un message publicitaire. Pour répondre à la question de savoir si un énoncé publicitaire a véritablement eu lieu ou non, ce sont les règles générales relatives à la charge de la preuve qui s'appliquent.
- 7 Toutefois, il y a lieu d'attirer l'attention de la partie défenderesse sur le fait qu'elle est tenue d'instruire clairement ses représentants de commerce extérieurs en leur interdisant, dans le cadre de leurs entretiens de vente, de promettre des prestations erronées ou susceptibles d'induire en erreur.

**r e n d l a d é c i s i o n s u i v a n t e :**

La plainte est rejetée.

## 2. Verfahren/Procédures

### a) Konkurrentenbeschwerde

Nr. 230/13

(Irreführende Darstellung - TV-Spot «Kalkwürfel-Test»)

Die Zweite Kammer,

#### **i n E r w ä g u n g :**

- 1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass im fraglichen Spot irreführende Angaben betreffend den «Kalkwürfel-Test» zum Produkt «Kalk&Schmutz» gemacht würden. Die im Spot gezeigte Kalkauflösung sei unrichtig. Zudem werde für das zweite gezeigte Produkt «Aktivschaum» der falsche Eindruck erweckt, es habe entkalkende Wirkung.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie macht geltend und erläutert, weshalb die gezeigte kalklösende Wirkung korrekt sei. Das Produkt «Aktivschaum» werde nach einer Zäsur wie ein zweiter Spot gezeigt, in welchem nicht von Kalkentfernung gesprochen werde.
- 3 Zur Beurteilung dieses Werbespots ist das Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten beizuziehen (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission). Nach diesem Verständnis bestimmt sich, ob der Spot unrichtig oder irreführend ist.
- 4 Entgegen der Meinung der Beschwerdegegnerin werden die beiden Produktepräsentationen im Spot vom Durchschnittskonsumenten nicht als zwei separate, voneinander getrennte Kommunikationen wahrgenommen. Der Übergang ist fließend und die beiden Produkte haben als Badreinigungsmittel denselben Einsatzbereich. Die Betonung der Kalklösewirkung des Sprays als Badeputzmittel wirkt daher für den Durchschnittsbetrachter auch auf die unmittelbar anschliessende Präsentation des Schaumreinigers. Dies umso mehr, als die Kalkentfernung ein zentrales Bedürfnis bei der Reinigung von Badezimmer und Duschen ist. Zum Schaumreiniger werden darüber hinaus auch keine eigenen Wirkungsaussagen gemacht, so dass der Eindruck verbleibt, dass die vorherigen Aussagen zum Spray auch für den Schaumreiniger gelten. Dem Durchschnittsbetrachter des Spots ergibt sich daher der offenbar falsche Eindruck, dass der Schaumreiniger als Produktvariante zum Spray dieselben Wirkungen habe. Daher ist die Beschwerde bezüglich des Aktivschaumes und dessen nichtbestehender Kalkentfernungswirkung gutzuheissen. Es handelt sich nach Auffassung der Lauterkeitskommission um eine irreführende Darstellung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG.
- 5 Abzuweisen ist die Beschwerde hingegen bezüglich der gezeigten Kalkauflösungswirkung im «Kalkwürfel-Test». Der Durchschnittsbetrachter des TV-Spots nimmt den gezeigten Würfel nicht in einer konkreten Grössenordnung wahr. Darüber hinaus wird der Würfel vielmehr als Metapher zur unbestritten richtigen Grundaussage der Kalkauflösungswirkung wahrgenommen. Dies insbesondere auch deshalb, weil mit dem fraglichen Produkt im Badezimmer keine eigentlichen Kalkwürfel entfernt werden müssen, sondern Kalkablagerung auf Flächen und Gegenständen in den Nasszellen eines Badezimmers.

#### **b e s c h l i e s s t :**

1. Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, auf diese Form der Präsentation des Produktes ██████████ «Aktivschaum» in einem Werbespot inskünftig zu verzichten.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**b) Plainte contre un concurrent**  
**N° 253/13**  
(Tromperie - TV-Spot «           tra di voi»)

La **Deuxième Chambre**,

**considérant ce qui suit:**

- 1 De l'avis de la partie plaignante, le spot publicitaire télévisé de la partie défenderesse induit en erreur parce qu'en raison de la reproduction visuelle des lieux et de la mention «Lugano», on suscite l'impression erronée selon laquelle les locaux de vente de la partie défenderesse seraient situés à Lugano. Mais en réalité, ces locaux se trouveraient à Lamone, à savoir une commune autonome.
- 2 La partie défenderesse fait valoir que Lamone fait partie du district de Lugano et n'est éloignée que de 4,5 km de la zone de chalandise de la ville de Lugano. Les mesures publicitaires couvriraient également tout le district de Lugano.
- 3 Pour porter une appréciation sur ce spot publicitaire, il y a lieu de faire appel à la compréhension du destinataire moyen auquel on s'adresse (Règle n° 1.1, chiffre 2 de la Commission Suisse pour la Loyauté). C'est sur la base de cette compréhension que l'on détermine si ce spot est erroné ou s'il induit en erreur.
- 4 De l'avis de la Commission Suisse pour la Loyauté, il s'agit ici d'un cas-limite. Il est tout à fait usuel, pour des sièges d'entreprises situées dans de petites communes, d'indiquer également la grande ville la plus proche. Toutefois, il est interdit de susciter l'impression erronée selon laquelle le publicitaire exploiterait p. ex. un magasin de vente dans ces deux communes.
- 5 Dans ce sens, il y a lieu de recommander à la partie défenderesse de communiquer cela plus clairement à l'avenir. En particulier, en écrivant les noms des localités avec un tiret «Lamone – Lugano», on pourrait susciter l'impression erronée selon laquelle on exploite un garage dans chacune de ces deux communes. Un énoncé comme «Lamone près de Lugano» serait plus clair. Cependant, la limite qui conduirait à la déloyauté n'a pas encore été franchie dans le cas présent, raison pour laquelle, comme décrit plus haut, il y a lieu de rejeter la plainte en tant que cas-limite.

**rend la décision suivante:**

La plainte est rejetée.

- c) **Nr. 249/13**  
(Unrichtige Angaben - Plakate «Milch. Dein natürliches Fitnessprogramm»)

Die **Zweite Kammer**,

**i n E r w ä g u n g :**

- 1 Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist der Slogan «Milch. Dein natürliches Fitnessprogramm» unwahr und irreführend. Milch dürfe nicht als gesund angepriesen werden. Es sei sogar bewiesen, dass der Milchkonsum krank mache.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass der Durchschnittsadressat die abgebildete Fantasiewelt erkenne. Zudem sei die Behauptung, Milch sei ungesund, in keiner Weise durch den Beschwerdeführer sachlich erläutert. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Artikel als Beleg stamme aus einem Pamphlet, welches wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genüge. Die Schweizerische Gesellschaft für Ernährung hingegen empfehle beispielsweise seit langem den täglichen Konsum von Milch. Die beanstandete Aussage sei nach dem Verständnis der Durchschnittsadressaten zu beurteilen. Dieser erkenne die übertragene Bedeutung und werbliche Zuspitzung. Kein Durchschnittsadressat sei der Auffassung, dass alleine das Trinken von Milch die Pauschallösung für Fitness sei und vom körperlichen Training beispielsweise entbinde. Auch bei der fantasiehaften Illustration sei keine Irreführung erkennbar.
- 3 Werbeaussagen zu eigenen Produkten dürfen nicht unrichtig oder irreführend sein (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Darüber hinaus verlangt auch die Lebensmittelgesetzgebung, dass zu Lebensmitteln wie Milch keine täuschenden Anpreisungen gemacht werden dürfen (Art. 18 LMG).
- 4 Nach Auffassung der Lauterkeitskommission und auch gemäss Einschätzung der Expertin des Bundesamtes für Gesundheit BAG verstösst das vorliegende Plakat nicht gegen diese Irreführung- und Täuschungsverbote.
- 5 Dem Durchschnittsbetrachter des Plakates, auf dessen Verständnis abzustellen ist (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission), ergibt sich aus der erkennbaren Fotomontage der Kälber mit den Schwimmutensilien keine besondere Aussage über die Herstellung, Zusammensetzung, Produktionsart, Herkunft oder Wirkung des Lebensmittels «Milch». Der Slogan «Milch. Dein natürliches Fitnessprogramm» zusammen mit den überzeichneten Abbildungen werden vom Durchschnittsadressaten als Botschaft verstanden, dass Milch Teil eines aktiven Lebensstils sein kann. Dem Durchschnittsadressaten ist offensichtlich klar, dass Milch nicht selber ein Fitnessprogramm darstellt, welches beispielsweise sportliche Tätigkeiten ersetzt. Dieser Sinngehalt - nach dem Verständnis des Durchschnittsadressaten - ist weder unrichtig, irreführend noch täuschend.
- 6 Der vom Beschwerdeführer beigelegte Artikel über die gesundheitlichen Risiken des Milchgenusses entspricht nicht wissenschaftlichen Standards. Dazu hält auch die eingeholte Stellungnahme der Expertin des BAG fest: Zu allen aufgeworfenen Punkten können gegenteilige wissenschaftliche Studien angeführt werden. Es gibt Personen, die Milch nicht vertragen. Aber aus dieser Tatsache zu schliessen, dass Milch als Lebensmittel nicht geeignet sei bzw. krank mache, ist nach Meinung des BAG wissenschaftlich nicht korrekt.
- 7 Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen.

**b e s c h l i e s s t :**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

- d) **Nr. 236/13**  
(Telekommunikation - «Gratis in alle Schweizer Netze telefonieren»)

Die **Zweite Kammer**,

**i n E r w ä g u n g :**

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Werbeaussage: «Gratis in alle Schweizer Netze telefonieren» unrichtig sei. Es gebe viele schweizerische Netznummern, welche nicht gratis angerufen werden können. Er listet Beispiele dazu in seiner Beschwerde auf, wie etwa die 0848-Business Nummern. Auf diese Ausnahmen sei in der Werbung hinzuweisen.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie erläutert, weshalb der Begriff «Netz» nicht mit «Nummern» zu verwechseln sei. Zudem handle es sich bei all diesen Nummern um sogenannte Mehrwertdienstnummern, bei welchen der Tarif letztlich vom Nummerninhaber festgelegt werde. Die Erläuterungen dazu würden auf der Webseite zum Produkt kommuniziert. In der Printwerbung werde auch auf die umfangreichen Zusatz- und Detailinformationen im Internet zu diesem komplexen Produkt hingewiesen.
- 3 Wirbt ein Telekomanbieter mit «Gratistelefonie», «Gratis in alle Schweizer Netze telefonieren» oder «Unlimitiert in alle Schweizer Fest- und Mobilnetze telefonieren», so darf der angesprochene Durchschnittsadressat erwarten, dass sämtliche Anrufe kostenlos sind, mit Ausnahme von Anrufen für alle entgeltlichen Mehrwertdienste, die beispielsweise via Festnetz, Mobiltelefonie (inkl. SMS und MMS), Internet, 090x-Nummern, Kurznummern wie 18xy, 140, 187 usw., 08xy-Nummern, normale Teilnehmernummern wie 043, 022 usw., Faxnummern angeboten werden. Nicht zu den entgeltlichen Mehrwertdiensten, für welche eine Preisbekanntgabepflicht des Nummerninhabers gemäss Preisbekanntgabeverordnung gilt, zählen Gebührenteilungsnummern.
- 4 Für den durchschnittlich informierten Nutzer ergeben sich aus der beanstandeten kommerziellen Kommunikation keinerlei Hinweise, dass auch 0848-Business Nummern, also Gebührenteilungsnummern, für welche also gerade keine Preisbekanntgabepflicht gilt, kostenpflichtig sind.
- 5 Es ist Sache des Telekomanbieters auf die für den Nutzer entstehenden Kosten bei Gebührenteilungsnummern aufmerksam zu machen (vgl. Broschüre des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO betreffend Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste). Ein Unterlassen derartiger Hinweise führt zu einer Irreführungsgefahr bei der Konsumentenschaft.
- 6 Da die Beschwerdegegnerin keinerlei Hinweise auf die Kostenpflicht von Gebührenteilungsnummern in der beanstandeten kommerziellen Kommunikation macht, sind die obgenannten Claims irreführend. Die Beschwerdegegnerin hat somit unlauter gehandelt und die Beschwerde ist gutzuheissen.

**b e s c h l i e s s t :**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig in ihrer kommerziellen Kommunikation auf die Kostenpflicht von Gebührenteilungsnummern aufmerksam zu machen.

e) **Nr. 226/13**

(Direktmarketing - Werbeschreiben trotz Eintrag in Robinsonliste, Bekanntgabe Adressherkunft)

Die **Zweite Kammer**,

**i n E r w ä g u n g :**

- 1 Gemäss Beschwerde hat der Beschwerdeführer trotz Eintrag in die Robinsonliste des SDV einen direktadressierten Werbebrief vom Beschwerdegegner erhalten. Die gemäss Datenschutzgesetz geschuldeten Informationen habe der Beschwerdeführer auf schriftliche Anfrage hin auch nicht erhalten.
- 2 Die Beschwerdegegnerin hat keine Stellungnahme eingereicht.
- 3 Gemäss Grundsatz Nr. 4.4 Ziff. 1 der Lauterkeitskommission sind Verkaufsmethoden im Fernabsatz kommerzielle Kommunikationen, die sich mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen richten. Sie gelten im Sinne von Ziff. 2 als aggressiv und damit als unlauter, wenn der Empfänger im Voraus erklärt hat, keine kommerzielle Kommunikation erhalten zu wollen (z.B. durch Eintrag in der Robinsonliste des Schweizer Direktmarketing Verbandes SDV).
- 4 Gemäss den glaubhaften Ausführungen des Beschwerdeführers ist seine Adresse in der Robinsonliste eingetragen. Der Werbebrief der Beschwerdegegnerschaft ist demgemäss als unlauter zu qualifizieren und die Beschwerde gutzuheissen.
- 5 Es kann offen gelassen werden, ob die Beschwerdegegnerschaft auch gegen das Datenschutzrecht verstossen hat.

**b e s c h l i e s s t :**

Die Beschwerdegegnerschaft hat unlauter im Sinne des Grundsatzes 4.4 der Lauterkeitskommission gehandelt und ihr wird empfohlen, inskünftig auf den Versand von direktadressierten Werbeschreiben an in der Robinsonliste des SDV erfassten Adressen zu verzichten.

**f) N° 263/13**

(Sexisme - Annonce «Soignez votre vitrine sur le web» dans un programme d'un festival)

La **Deuxième Chambre**,

**considérant ce qui suit :**

- 1 De l'avis de la partie plaignante, la reproduction visuelle d'une femme se focalisant sur son bikini en relation avec de la publicité vantant des prestations de services Internet doit être qualifiée d'infraction à la Règle n° 3.11 de la Commission Suisse pour la Loyauté concernant la publicité sexiste.
- 2 La partie défenderesse fait valoir le caractère humoristique de la publicité qui s'adresserait à un jeune public âgé de 16 à 35 ans. Selon elle, il s'agirait d'une action unique dans le cadre du guide du festival où l'annonce publicitaire aurait été publiée.
- 3 Conformément à la Règle n° 3.11, chiffre. 1, une publicité qui discrimine l'un des sexes, en attentant à la dignité de la femme ou de l'homme, n'est pas admissible. Aux termes du chiffre 2, est en particulier à considérer comme sexiste toute publicité lorsqu'il n'existe pas de lien naturel entre la personne représentant l'un des sexes et le produit vanté, et lorsque la personne sert d'aguiche dans une représentation purement décorative.
- 4 Dans le présent sujet, on fait appel à une femme vêtue d'un soutien-gorge dont le visage n'est que partiellement visible accompagnée du texte publicitaire «Soignez votre vitrine sur le web» pour faire de la publicité en rapport avec des prestations de services Internet. A cet égard, le décolleté sert exclusivement d'aguiche pour l'annonce publicitaire et ce, d'autant plus qu'il n'existe aucun lien naturel entre la femme représentée comme un pur objet et le contenu vanté.
- 5 L'argumentation de la partie défenderesse selon laquelle la publicité aurait un caractère purement humoristique ne parvient pas à occulter le fait qu'on recourt ici au décolleté d'une femme représentée comme un pur objet afin d'attirer l'attention. C'est pourquoi il y a lieu d'approuver la plainte.

**rend la décision suivante :**

La partie défenderesse a enfreint la Règle n° 3.11 de la Commission Suisse pour la Loyauté, et elle est invitée à renoncer à l'avenir à utiliser le présent sujet.



**g) N° 262/13**

(Sexisme - Annonce «Doublement tactile, doublement excitant.»)

La **Deuxième Chambre**,

**considérant ce qui suit :**

- 1 La partie plaignante considère que la reproduction visuelle d'une femme ayant des seins tant devant que derrière le haut du corps en relation avec le slogan publicitaire «Doublement tactile, doublement excitant» afin de faire de la publicité pour une console de jeu est une publicité sexiste. Il n'existe en particulier aucun lien naturel suffisant entre la photographie et le produit vanté. Avec ce slogan publicitaire, le corps de la femme devient un pur objet de désir, et il est dégradé en bien de consommation.
- 2 La partie défenderesse fait valoir qu'elle n'est pas responsable de cette publicité, mais qu'il s'agit au contraire d'une autre société du groupe.
- 3 La Chambre chargée de rendre sa décision sur cette affaire ne peut suivre le point de vue de la partie défenderesse selon lequel la succursale basée en Suisse à laquelle le courrier a été adressé ne serait pas responsable de la publicité incriminée et que, pour cette raison, elle renoncerait à une prise de position.
- 4 On peut en effet attendre d'un grand groupe aux activités complexes et opérant à l'international tel que celui de la partie défenderesse que, pour des questions de nature juridique, il s'organise en conséquence à l'interne de façon à procéder à des clarifications pour savoir quel est le service compétent à cet égard à l'interne du groupe, et qu'il transmette à ce service l'invitation de la Chambre à prendre position sur cette affaire sur le plan matériel.

**rend la décision suivante :**

C'est pourquoi la partie défenderesse est invitée à transmettre la plainte ainsi que les documents qui en font partie au service compétent au sein du groupe, lequel est une nouvelle fois invité à prendre position sur la plainte dans un délai de 14 jours.