

Dritte Kammer/Troisième Chambre/ Terza Camera 29.6.2016

1. Verfahren/Procédures/Procedure

- a) Nr. 146/16
[Green Marketing – Nachhaltigkeits-Kampagne]
- b) Nr. 153/16
[Green Marketing / Substantiierungspflicht – Anforderung an die Einreichung der Beschwerde]
- c) N° 149/16
[Green Marketing – Promesse concernant les conditions de production]
- d) Nr. 152/16
[Green Marketing – Versprechen zu Bienenschutz]
- e) Nr. 141/16
[Sexismus – «Tag der offenen Beine»]
- f) N° 158/16
[Droit des contrats - Garantie pour appareil photo]
- g) Nr. 150/16
[Registereintrag – Arglistiger Vertragsabschluss]
- h) N° 121/16
[Marketing direct – Appel publicitaire malgré l’astérisque, utilisation du logo de la Croix-Rouge Suisse]
- i) N° 148/16
[Spam – Courriel publicitaire non sollicité]
- j) Nr. 131/16
[Direktmarketing – Unadressierter Werbeflyer im Briefkasten trotz «Keine Werbung»-Kleber]
- k) Nr. 130/16
[Direktmarketing – Unadressierter Werbeflyer im Briefkasten trotz «Keine-Werbung»-Kleber]
- l) Nr. 147/16
[Direktmarketing – Unadressierter Flyer im Briefkasten trotz «Stopp Werbung»-Kleber]

1. Verfahren/Procédures/Procédure

- a) Nr. 146/16
(Green Marketing – Nachhaltigkeits-Kampagne)

Die Dritte Kammer,

in Erwägung:

- 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass Aussagen auf einem Wandplakat und der Website der Beschwerdegegnerin zum Thema Nachhaltigkeit täuschend und irreführend seien. Solange weniger als 100% des Gesamtumsatzes oder wenigstens ein das Unternehmen wirtschaftlich nachweislich vollumfänglich tragender Anteil aus nachgewiesener und durch den Endkunden direkt vor Ort überprüfbar nachhaltiger Produktion stamme, könne diese Aussage nicht lauter sein.
- 2 Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass die beanstandeten Aussagen korrekt und lauter seien. Es sei offensichtlich, dass die eingeleiteten Massnahmen, welche sie als nachhaltig bezeichne, den sehr hoch angesetzten Ansprüchen des Beschwerdeführers an eine «nachhaltige Welt» nicht genügen. Massgebend für die Beurteilung der Lauterkeit der Werbeaussagen sei aber das Durchschnittsverständnis der angesprochenen Verkehrskreise und nicht die stark ideologisch geprägte und absolute Haltung des Beschwerdeführers.
- 3 Die Voraussetzung der Richtigkeit und Klarheit von Aussagen wird am Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten gemessen (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission). Wie die Durchschnittsadressaten eine Werbebotschaft verstehen, ist durch das Gericht im Rahmen der richterlichen Rechtsfindung als Rechtsfrage zu beurteilen und soll auf der allgemeinen Lebenserfahrung unter Einbezug der Umstände im Einzelfall basieren (BGE 132 III 414 E.2.3.2). In analoger Weise hat auch die Lauterkeitskommission das Verständnis der Durchschnittsadressaten zu beurteilen (vgl. M. Senn, Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich, in: sic! 2008, 590).
- 4 Die Argumentation des Beschwerdeführers setzt sich eingehend mit dem Begriff der Nachhaltigkeit als solchem auseinander. Er macht zusammenfassend geltend, dass die Beschwerdegegnerin überhaupt nicht nachhaltig sei. Nachhaltiges Handeln einer Unternehmung wird durch den Durchschnittsadressaten jedoch nicht in jener Absolutheit verstanden, wie es der Beschwerdeführer tut.
- 5 Die Beschwerdegegnerin zeigt glaubhaft auf, unter anderem durch Vorlage ihres aktuellen Nachhaltigkeitsberichts, dass die beanstandeten Aussagen korrekt sind. In Aussagen wie «Nachhaltig(er)» oder «Nachhaltiger als man denkt» erkennt und erwartet der Durchschnittsadressat, dass die Beschwerdegegnerin zwar Nachhaltigkeits-Massnahmen in Bereichen wie Umweltschutz, Ressourcenschonung und Personal trifft, dass der Umfang dieser Massnahmen aber lediglich das übertrifft, was der Durchschnittsadressat vor der Publikation der beanstandeten Aussagen von der Beschwerdegegnerin erwartet hätte. Der Durchschnittsadressat ist sich sodann auch bewusst, dass die Beschwerdegegnerin in diesen Bereichen aber noch viel mehr machen könnte.
- 6 Die Beschwerdegegnerin suggeriert im Rahmen der vorliegenden Aussagen weder, dass sie nachhaltiger wäre als die Konkurrenz, noch, dass sie alles tut, was im Sinne eines nachhaltigen Detailhandels möglich wäre, sondern, dass sie Nachhaltigkeits-Massnahmen getroffen hat. Dies entspricht den Tatsachen und die Aussagen sind diesbezüglich auch klar.
- 7 Die entscheidende Kammer vermag daher keine Unlauterkeit in der beanstandeten Werbeaussage zu erkennen.
- 8 Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen.

beschliesst:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

b) Nr. 153/16

(Green Marketing / Substantiierungspflicht – Anforderung an die Einreichung der Beschwerde)

Die Dritte Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer wirft der Beschwerdegegnerin vor, dass die Verwendung der erwähnten Werbeaussagen auf Plakaten, in Printmedien, im Internet, auf Einkaufstaschen, Einkaufswagen-Handgriffen und Förderband-Kundentrennbalken implizit herabsetzend für die Konkurrenz sowie insgesamt oder mindestens teilweise unwahr und täuschend seien. Er beantragt, dass der Beschwerdegegnerin die Verwendung dieser Aussagen zu untersagen sei.
- 2 Die Beschwerdegegnerin kritisiert, dass der Beschwerdeführer die Werbeaussagen nicht genau bezeichne, weshalb nicht im Detail darauf eingegangen werden könne. Soweit eine Zuordnung zu konkreten Aussagen möglich sei, seien diese lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie beantragt Beschwerdeabweisung, soweit auf die Beschwerde eingetreten werden könne.
- 3 Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Werbeaussagen sind als komparative Behauptungen der Beschwerdegegnerin zu betrachten und stellen keine Alleinstellungsbehauptungen dar.
- 4 Da der Beschwerdeführer die Aussagen in ihrer Allgemeinheit kritisiert und pauschale Vorwürfe erhebt, die sich nicht auf konkrete kommerzielle Kommunikationen beziehen, kann eine allfällige Unlauterkeit der einzelnen Aussagen nicht in jedem Fall überprüft werden. Es ist Sache des Beschwerdeführers, genau zu benennen und zu bezeichnen, welche konkreten Werbeaussagen aus welchen Gründen unlauter sein sollen. Dieser Substantiierungspflicht ist der Beschwerdeführer weitgehend nicht nachgekommen. Der Lauterkeitskommission kann es analog den staatlichen Gerichten nicht übertragen werden, umfangreiche Beweisunterlagen anzufordern und nach Belegen für pauschale Behauptungen einer Partei zu durchsuchen. Insofern ist die vorliegende Beschwerde in weiten Teilen unbegründet und entspricht somit nicht den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission. Aus diesen Gründen ist auf die Beschwerde zu einem grossen Teil nicht einzutreten.
- 5 Eintreten wird lediglich auf die Beschwerde betreffend die Aussage «nachhaltiger». Diesbezüglich verweisen die Parteien u.a. auch auf erstinstanzlich bereits abgeschlossene Verfahren (Nrn. 137/16 und 138/16). Die Argumentation des Beschwerdeführers setzt sich eingehend mit dem Begriff der Nachhaltigkeit als solchem auseinander. Er macht zusammenfassend geltend, dass die Beschwerdegegnerin überhaupt nicht nachhaltig sei, ja, dass Nachhaltigkeit nur gesamtwirtschaftlich und gesamtgesellschaftlich erreicht werden könne. Nachhaltiges Handeln einer Unternehmung wird durch den Durchschnittsadressaten jedoch nicht in jener Absolutheit verstanden, wie es der Beschwerdeführer tut.
- 6 Die Lauterkeitskommission hat insbesondere im Beschwerdeverfahren Nr. 137/16 festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund eines Testresultats befugt ist, u.U. mit der Aussage «XY ist die nachhaltigste Detailhändlerin der Welt» zu werben. Vor diesem Hintergrund erscheint die Verwendung des Komparativs «nachhaltiger» in kommerzieller Kommunikation im Allgemeinen unproblematisch. Diesbezüglich ist die Beschwerde daher abzuweisen.

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

1. In Bezug auf die Werbeaussage «nachhaltiger» wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

- c) N° 149/16
(Green Marketing – Promesse concernant les conditions de production)

La Troisième Chambre,

considérant ce qui suit :

- 1 Le plaignant considère comme trompeuse l’assertion publicitaire «Nous appliquons également les normes suisses à l’ensemble de nos produits en provenance de l’étranger». Selon lui, la partie défenderesse communique sur son site web qu’il s’agit d’un objectif qui devrait être atteint d’ici à l’année 2020. C’est pourquoi l’énoncé publicitaire ne serait pas conforme à la situation réelle.
- 2 La partie défenderesse demande que la plainte soit déclarée irrecevable ou qu’elle soit rejetée. Elle explique que personne n’a été trompé par cette assertion ou, le cas échéant, seulement un nombre restreint de personnes. En outre, cette assertion publicitaire ne serait plus utilisée. C’est pourquoi l’intérêt juridiquement protégé d’un traitement de la plainte n’existerait pas.
- 3 Selon l’art. 9 al. 1 let b du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté, il y a lieu de renoncer à entrer en matière sur une plainte lorsque la partie défenderesse cesse la communication commerciale incriminée et lorsqu’il ne s’agit pas non plus d’une question dont le jugement a un caractère de principe ou une portée particulièrement vaste (art. 10 du Règlement de la CSL).
- 4 Pour ce qui est de la non-entrée en matière, la pratique de la Commission Suisse pour la Loyauté est stricte. Pour les raisons précitées, il n’est pas entré en matière sur une plainte qu’à condition qu’en raison d’une assurance complète donnée par la partie défenderesse, on puisse exclure que la communication incriminée sera reprise à l’avenir de la même manière ou d’une manière similaire.
- 5 Une assurance de ce genre de la part de la partie défenderesse fait défaut. C’est pourquoi il y a lieu d’entrer en matière sur la plainte.
- 6 Agit de façon déloyale celui qui, notamment, donne des indications inexactes ou fallacieuses sur ses produits (art. 3 al. 1 let. b de la loi contre la concurrence déloyale (LCD). La condition préalable du caractère exact d’un énoncé se mesure sur la base de la compréhension du destinataire moyen à laquelle la communication s’adresse (Règle n° 1.1 chiffre 2 de la Commission Suisse pour la Loyauté).
- 7 L’assertion publicitaire incriminée, qui a pour contenu une promesse à un jeune nommé Jay, est conjuguée au présent («nous appliquons»). Dès lors, le destinataire moyen est en droit d’attendre de cette assertion que cette mesure soit déjà mise en œuvre à l’heure actuelle. Mais puisque selon les explications de la partie défenderesse et selon le changement de formulation sous une forme axée sur l’avenir avec mention de l’année («nous promettons [...] d’appliquer [...] d’ici 2020»), cette communication n’est pas conforme aux faits, la publicité est fallacieuse et, de ce fait, déloyale. C’est pourquoi il y a lieu d’approuver la plainte.

rend la décision suivante :

Il est recommandé à la partie défenderesse de renoncer à la forme conjuguée du présent dans l’assertion publicitaire incriminée aussi longtemps que le message ne sera pas conforme aux faits.

Publicité incriminée



Publicité modifiée après la décision de la CSL

Normes sur le bien-être animal

Nous promettons à Jay d'appliquer les hauts standards suisses pour le bien-être animal à tous nos produits venant de l'étranger d'ici 2020.

Migros veut assurer à sa clientèle que tous les produits d'origine animale proviennent d'élevages respectueux des besoins de l'espèce, et ce non seulement pour la production de viande, mais aussi pour la fabrication de produits à base d'œufs ou de produits laitiers. Un grand pas pour Migros, qui s'engage à convertir aux standards suisses l'intégralité de son assortiment de produits d'origine animale étrangers.

Nous promettons à Jay d'appliquer les hauts standards suisses pour le bien-être animal à tous nos produits venant de l'étranger d'ici 2020.

The modified advertisement features a white background. At the top, the title 'Normes sur le bien-être animal' is displayed. Below it is a bold commitment statement. A paragraph of italicized text explains Migros's goal. At the bottom, a boy is sitting on a hay bale with his arms outstretched. A green text box with a white border is overlaid on the left side of the image, containing the same commitment statement as in the original advertisement.

- d) Nr. 152/16
(Green Marketing – Versprechen zu Bienenschutz)

Die Dritte Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Der Beschwerdeführer richtet seine Beschwerde gegen die Werbeaussage «Wir versprechen Noah, ab Ende 2014 nur noch Insekten- und Pflanzenschutzmittel anzubieten, die Bienen nicht gefährden.» Dies sei irreführend, da die Beschwerdegegnerin weiterhin derartige Mittel zum Verkauf anbiete, welche Stoffe zum Inhalt hätten, welche gefährlich für Bienen seien.
- 2 Die Beschwerdegegnerin erklärt in ihrer Stellungnahme, dass die beanstandete Werbeaussage weder irreführend noch falsch und somit auch nicht unlauter sei. Die verfügbaren Mittel seien für Bienen nur gefährlich, wenn diese unmittelbar dem Sprühnebel ausgesetzt würden. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde.
- 3 Unlauter und widerrechtlich handelt, wer über seine Produkte unrichtige oder irreführende Angaben macht (Art. 3 Abs. 1 lit. b des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). Die Voraussetzung der Richtigkeit einer Aussage wird am Verständnis der angesprochenen Durchschnittsadressaten gemessen (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission).
- 4 Die vorliegende Werbeaussage ist nach Ansicht der entscheidenden Kammer der Lauterkeitskommission unrichtig und somit unlauter. Ein Versprechen, wonach keine Insekten- und Pflanzenschutzmittel angeboten werden, welche Bienen gefährden, ist nicht eingehalten, wenn weiterhin Mittel mit Inhaltsstoffen verkauft werden, welche als «bienenschädlich» gelten.
- 5 Das Werbeversprechen ist absolut und wird durch den Durchschnittsadressaten auch so wahrgenommen. Die Relativierung der Beschwerdegegnerin, wonach sich das Versprechen auf eine Studie von Greenpeace abgestützt habe, welche sieben Wirkstoffe als bienenschädlich identifiziert habe, weshalb diese sieben Wirkstoffe in Insekten- und Pflanzenschutzmitteln nicht mehr benützt werden, und dass diese Studie jeweils zusammen mit dem Werbeversprechen kommuniziert worden sei, schlägt fehl.
- 6 Der Durchschnittsadressat kann aufgrund der beanstandeten kommerziellen Kommunikation nicht erkennen, dass nur bestimmte Wirkstoffe verboten werden sollen. Die Beschwerdegegnerin hält zudem mit Blick auf die Studie von Greenpeace fest, dass diese «für Bienen kritische Stoffe identifiziert» habe. Dabei unterlässt sie jede Relativierung. Des Weiteren behauptet die Beschwerdegegnerin, dass «sämtliche Produkte» seit Ende 2014 «keine bienenkritischen Wirkstoffe mehr» enthalten.
- 7 Der Durchschnittsadressat darf aufgrund der Kommunikation erwarten, dass keine «bienenschädliche» oder «bienengefährliche» Inhaltsstoffe mehr verwendet werden. Er muss sich nicht mit technischen Einzelheiten, gesetzlichen Vorgaben und Studien von NGOs auseinandersetzen, um die Wahrheit einer Werbeaussage beurteilen zu können. Dabei ist auch unerheblich, bei welcher Anwendung eine Gefahr für die Bienen besteht. Die Tatsache, dass Insekten- und Pflanzenschutzmittel der Beschwerdegegnerin im Jahre 2016 bienengefährdende Stoffe beinhalten, macht die Beschwerdegegenstand bildende Aussage zu einer unlauteren Aussage. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, auf die Verwendung der beanstandeten Aussage zu verzichten, solange sie nicht den Tatsachen entspricht.

- e) **Nr. 141/16**
(Sexismus – «Tag der offenen Beine»)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Die Beschwerde richtet sich gegen eine Facebook-Anzeige eines Erotikclubs, welcher einen «Tag der offenen Beine» «inkl. Softdrinks & Sex so oft du kannst...» propagiert. Abgebildet ist eine in Unterwäsche und High-Heels gekleidete, seitlich auf einem Sessel sitzende Frau. Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des Grundsatzes 3.11 der Lauterkeitskommission geltend, da die Werbung die Frau zum Objekt degradiere, das konsumiert werden könne. Durch die Werbung werde die Würde der Frau verletzt, der Frau würden stereotype Eigenschaften zugeschrieben, welche die Gleichwertigkeit der Geschlechter offensichtlich in Frage stelle und überdies sei durch das öffentliche Posting auf Facebook ohne Hinweis auf eine Altersfreigabe das Kindes- und Jugendalter nicht mit genügender Zurückhaltung respektiert worden.
- 2 Die Beschwerdegegnerin widerspricht und macht geltend, dass das Sujet eine Frau mit selbstbewusster Haltung zeige, welche als Erotikdienstleisterin über ihre Sexualität selber bestimme. Es werde durch die Werbung nicht vermittelt, dass sonst kostenpflichtige Leistungen kostenlos konsumierbar seien. Überdies bedauere sie, dass die Beschwerdeführerin die Aussage «Tag der offenen Beine» als herabsetzend wahrnehme.
- 3 Kommerzielle Kommunikation für zulässige Erotikangebote ist nicht zu beanstanden, solange sie sich im Rahmen der Gesetzgebung und der Grundsätze der Lauterkeitskommission bewegt, insbesondere solange die Werbung nicht die Würde von Frau oder Mann verletzt und damit als geschlechterdiskriminierend zu qualifizieren wäre (Grundsatz Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission).
- 4 Werbung auf der Social Media-Plattform Facebook gilt generell als Werbung in der Öffentlichkeit. Ausnahmsweise kann Werbung, die gezielt an einzelne Profilinehaber gerichtet wird, als direkt adressierte Kommunikation qualifiziert werden. Bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde spielt die Art der Kommunikation keine Rolle. Es ist nicht erkennbar, dass sich die Werbung überwiegend an Kinder und Jugendliche richten würde.
- 5 In der Abbildung vermag die beurteilende Kammer der Lauterkeitskommission keinen Fall geschlechterdiskriminierender Werbung im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.11 zu erkennen. Zwischen der fraglichen Abbildung und der beworbenen, rechtlich zulässigen Dienstleistung besteht ein klarer und offensichtlicher Zusammenhang. Die Darstellung ist überdies angemessen.
- 6 Demgegenüber ist der Claim «Tag der offenen Beine» nicht mit dem Grundsatz Nr. 3.11 vereinbar. Die Anspielung auf einen «Tag der offenen Türe», an welchem üblicherweise beschränkter und/oder kostenpflichtiger Zugang ausnahmsweise unbeschränkt und kostenlos ermöglicht wird, in Kombination mit einer «Flatrate» (& Sex so oft du kannst), lässt den Durchschnittsadressaten glauben, der Club gewähre an diesem Tag ansonsten eingeschränkte Dienstleistungen frei und ohne, dass dabei auf die Erotikdienstleisterinnen Rücksicht genommen werden müsse. Der beworbene «Tag der offenen Beine» suggeriert also, dass Erotikdienstleistungen ohne Berücksichtigung des Selbstbestimmungsanspruchs der Erotikdienstleisterinnen verfügbar seien, und dass der Kunde frei machen könne, was er wolle. Der erwähnte Claim ist daher herabwürdigend. Diesbezüglich ist die Beschwerde gutzuheissen.
- 7 Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, inskünftig auf die Verwendung des Claims «Tag der offenen Beine» zu verzichten.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

JEDEN ERSTEN SONNTAG IM MONAT

TAG DER OFFENEN BEINE

SEX SO OFT
DU KANNST...



17 BIS 23 UHR | EINTRITT CHF 250.- INKL. SOFTDRINKS & SEX SO OFT DU KANNST...

- f) N° 158/16
(Droit des contrats - Garantie pour appareil photo)

La Troisième Chambre,

considérant ce qui suit:

- 1 Le plaignant incrimine le fait que la partie défenderesse vante dans son site web une garantie de trois ans qu'elle n'appliquerait toutefois pas dans le cas concret. Il critique également que les restrictions à la garantie n'auraient pas été communiquées.
- 2 La partie défenderesse fait valoir qu'elle n'a enfreint aucune disposition du droit de la concurrence déloyale. Il s'agirait ici d'un dommage à un appareil qui aurait été occasionné par une utilisation irrégulière. Une application de la garantie ne serait pas prévue pour un dommage de ce genre.
- 3 Dans le cas d'espèce, il s'agit d'un conflit relevant du droit des contrats. La Commission Suisse pour la Loyauté n'est pas en mesure de juger si, dans un cas individuel, les dispositions relatives à la garantie convenue dans le contrat doivent s'appliquer ou non. La présente procédure de plainte ne concerne que très marginalement le droit de la concurrence déloyale: en effet, le destinataire moyen sait bien qu'une garantie vantée dans une publicité, même si elle est prolongée facultativement d'une année, n'entraîne pas dans chaque cas individuel une responsabilité civile du vendeur. Les cas individuels exceptionnels dont l'acheteur est tenu de répondre lui-même pour un dommage occasionné au produit ne doivent pas figurer explicitement dans la publicité.
- 4 Pour les raisons précitées, il y a lieu de rejeter la plainte.

rend la décision suivante:

La plainte est rejetée.

- g) **Nr. 150/16**
(Registereintrag – Arglistiger Vertragsabschluss)

Die **Dritte Kammer**,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin sei sie am Telefon von der Beschwerdegegnerin arglistig getäuscht worden. Die Beschwerdegegnerin habe den Eindruck erweckt, dass der bestehende Eintrag im Schweizer Telefonbuch verlängert werde. Dabei sei es um einen kostenpflichtigen Eintrag in ein Branchenregister gegangen.
- 2 Die Beschwerdegegnerin nimmt zum fraglichen Sachverhalt keine Stellung. Sie führt aber aus, dass sie aus Kulanz auf den Vertrag und die Rechnungssumme verzichtet und die Daten der Beschwerdeführerin gelöscht habe.
- 3 Was im Rahmen des Telefongespräches besprochen und vereinbart wurde, kann durch die Lauterkeitskommission nicht beurteilt werden. Ob eine arglistige Täuschung vorliegt oder nicht, muss daher offen bleiben.
- 4 Klar ist aber, dass vorliegend Grundsatz Nr. 4.3 der Lauterkeitskommission nicht eingehalten wurde. Demgemäss ist eine Bestellung, welche beispielsweise im Rahmen eines Werbetelefongespräches getätigt wird, schriftlich zu bestätigen, bevor die Ware zugestellt oder die Dienstleistung ausgeführt wird, sofern der Abnehmer nicht ausdrücklich darauf verzichtet oder die Leistung des Abnehmers CHF 100.– übersteigt. Laut Abs. 2 des vorgenannten Grundsatzes beginnt die Frist des Widerrufs- und Rückgaberechts von 7 Tagen (gemäss Art. 40e OR sogar 14 Tage) bei Waren mit dem Tag ihres Eingangs, bei Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses.
- 5 Vorliegend ist nicht erkennbar, ob die Beschwerdegegnerin der Pflicht zur schriftlichen Bestätigung des Vereinbarten nachgekommen wäre. Es ist auch nicht bekannt, ob auf das – notabene auch gesetzliche – Widerrufs- und Rückgaberecht aufmerksam gemacht worden wäre.
- 6 Aus diesen Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen.

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

Die Beschwerdegegnerin wird aufgefordert, inskünftig den Grundsatz 4.3 der Lauterkeitskommission zu berücksichtigen.

h) N° 121/16

(Marketing direct – Appel publicitaire malgré l’astérisque, utilisation du logo de la Croix-Rouge Suisse)

La Troisième Chambre,

considérant ce qui suit :

- 1 La partie plaignante fait valoir qu’elle aurait été contactée par la partie défenderesse malgré l’inscription de l’astérisque dans l’annuaire téléphonique. De surcroît, elle reproche à la partie défenderesse un comportement déloyal puisqu’elle déguiserait sa prospection commerciale en acte humanitaire.
- 2 La partie défenderesse explique son modèle d’affaires, met en évidence les mesures qu’elle a déjà prises et rejette les reproches formulés par la partie plaignante. Il n’y a, selon elle, aucun caractère déloyal dans ses présentations publicitaires.
- 3 Le comportement de la partie plaignante est contradictoire: malgré l’inscription de l’astérisque dans l’annuaire, elle accepte de prendre un appel publicitaire, conclut un contrat et, après avoir reconnu qu’elle n’aurait pas voulu conclure ledit contrat, elle fait ensuite valoir l’existence de l’inscription de l’astérisque. Or l’inscription de l’astérisque à côté du numéro de téléphone a pour but d’empêcher des appels publicitaires non souhaités. Si, malgré l’inscription de l’astérisque, le titulaire du numéro de téléphone reçoit un appel publicitaire, celui-ci est tenu d’attirer l’attention de l’appelant sur l’existence de l’astérisque et peut néanmoins se défendre par des moyens légaux en raison d’une éventuelle infraction à l’art. 3 al. 1 let. u LCD et à la Règle n° 4.4 de la Commission Suisse pour la Loyauté. Si la personne appelée, malgré l’inscription de l’astérisque, tolère l’entretien publicitaire et conclut même un contrat, on peut alors parler d’une dérogation à l’effet général de blocage de l’astérisque et, de ce fait, on peut partir du principe que la personne appelée a donné son consentement une seule fois.
- 4 Il faut répondre par l’affirmative à cette question dans le cas d’espèce. Le fait que la partie plaignante fait valoir l’inscription de l’astérisque constitue, dans le cas présent, un comportement contradictoire et, partant, une infraction au principe de la bonne foi (art. 2 CC). La partie plaignante ne dispose d’aucun intérêt juridique à protéger à cet effet et, dans le cas d’espèce, l’inscription de l’astérisque ne joue aucun rôle.
- 5 Comme l’a reconnu la partie défenderesse, dans le cas présent, un délai de restitution erroné a été communiqué. Mais puisque la partie plaignante n’a pas incriminé ce point, il n’y a pas lieu d’entrer en matière à ce propos.
- 6 Le recours au signe distinctif du Comité International de la Croix-Rouge doit être considérée comme problématique du point de droit de la concurrence déloyale lorsqu’il donne à un destinataire moyen l’impression erronée qu’il existerait une relation (économique) entre la partie défenderesse et l’institution mentionnée ou que la partie défenderesse serait une preneuse de licence de ladite institution. Mais ce n’est pas le cas dans l’affaire qui nous occupe. Pour un tiers extérieur à l’entreprise, il est possible de reconnaître clairement que la partie défenderesse participe à un programme de l’institution précitée. Selon les explications crédibles de la partie défenderesse, ce programme de recyclage avec l’institution précitée continuera, malgré la réception de la mise en demeure concernant l’utilisation du signe distinctif.
- 7 Pour les raisons précitées, la Chambre de la Commission Suisse pour la Loyauté appelée à juger cette affaire ne saurait reconnaître dans le cas d’espèce un cas de communication commerciale déloyale. C’est pourquoi la plainte doit être rejetée.

rend la décision suivante :

La plainte est rejetée.

- i) **N° 148/16**
(Spam – Courriel publicitaire non sollicité)

La **Troisième Chambre**,

considérant ce qui suit :

- 1 La partie plaignante se plaint d'avoir reçu un courriel de la partie défenderesse malgré l'inscription de l'astérisque dans l'annuaire téléphonique. En outre, après avoir été interrogée à ce sujet, la partie défenderesse n'aurait donné aucune indication sur l'origine de l'adresse courriel en question.
- 2 La partie défenderesse explique que cette adresse courriel, dont elle n'est pas en mesure de constater l'origine, aurait été disponible depuis 2014, et qu'au cours de ces deux dernières années, elle n'aurait acheté aucune adresse courriel aux fins d'utilisation.
- 3 L'envoi de courriels publicitaires non adressés sans le consentement préalable du destinataire et sans relation-client préexistante avec ce dernier contrevient à l'art. 3 al. 1 let. o de la loi contre la concurrence déloyale (LCD). Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale est puni d'une plainte privative de liberté de trois au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 23 al. 1 LCD).
- 4 Dans le cas d'espèce, il est incontesté qu'un envoi non autorisé d'un courriel à l'attention de la partie plaignante a eu lieu. La question de savoir comment et quand la partie défenderesse est parvenue à trouver l'adresse courriel de la partie plaignante ne joue aucun rôle. Ce qui est déterminant, c'est que la partie plaignante n'a pas donné son consentement à l'envoi de la communication commerciale en question, et qu'une relation-client n'existait pas auparavant entre les parties. Puisque, dans un tel contexte, un courriel a été envoyé contre la volonté de la partie plaignante, il y a lieu de le qualifier de pourriel («spam») et, partant, de communication déloyale.
- 5 Il est possible d'enfreindre le droit de la concurrence déloyale au sens de la LCD même sans faute de la part de la partie concernée. C'est pourquoi il y a lieu d'approuver la plainte.

rend la décision suivante :

Il est recommandé à la partie défenderesse, conformément à sa promesse, de ne plus envoyer de communication commerciale à l'adresse courriel de la partie plaignante.

- j) **Nr. 131/16**
(Direktmarketing – Unadressierter Werbeflyer im Briefkasten trotz «Keine Werbung»-Kleber)

Die Dritte Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Trotz eines Klebers «Keine Werbung» am Briefkasten hat der Beschwerdeführer einen unadressierten Werbeflyer vom Beschwerdegegner erhalten.
- 2 Der Beschwerdegegner bestätigt, dass er den Werbeflyer verteilt habe. Er sei sich nicht bewusst, dass das Verteilen von Flyern Einschränkungen unterliege. Gleichzeitig macht er umfangreiche Ausführungen zu «Stopp Werbung»-Klebern auf Briefkästen.
- 3 Zustellung von unadressierter Werbung in einen Briefkasten, welcher einen «Stopp Werbung»-Kleber (o.ä.) aufweist, ist keine Verkaufsmethode im Fernabsatz im Sinne der Grundsätze Nrn. 4.1 und 4.4, da es sich nicht um kommerzielle Kommunikation mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen handelt. Dennoch sind solche Zustellungen unlauter, da sie als Geschäftsgerebahren, das gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verletzen (Art. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). Das Einwerfen von Werbung in einen Briefkasten gegen den klaren und mit dem Kleber ausgedrückten Willen des Briefkastenhalters, gilt als aggressive und unlautere Werbemethode.
- 4 Die Verantwortlichkeit für die Lauterkeit in der Werbung liegt beim Werbeauftraggeber. Für Fehler von Dritt- oder Hilfspersonen trägt dieser die lauterkeitsrechtliche Verantwortung, vorliegend also der Beschwerdegegner. Ein Verschulden ist zur Erfüllung von Tatbeständen des UWG nicht notwendig.
- 5 Da es sich beim vorliegenden Flyer um kommerzielle Kommunikation handelt, versties der Beschwerdegegner somit gegen Art. 2 UWG und die Beschwerde ist gutzuheissen.

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

Dem Beschwerdegegner wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine unadressierte kommerzielle Kommunikation mehr zukommen zu lassen sowie sicherzustellen, dass Personen, welche über einen Hinweis am Briefkasten verfügen oder auf andere Weise zum Ausdruck gebracht haben, dass sie keine solche unadressierte Werbung erhalten wollen, keine entsprechende kommerzielle Kommunikation mehr zugestellt wird.

- k) **Nr. 130/16**
(Direktmarketing – Unadressierter Werbeflyer im Briefkasten trotz «Keine-Werbung»-Kleber)

Die Dritte Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Trotz eines Klebers «Keine Werbung» am Briefkasten hat der Beschwerdeführer einen unadressierten Werbeflyer vom Beschwerdegegner erhalten.
- 2 Die Beschwerdegegnerin hat keine Stellungnahme eingereicht.
- 3 Zustellung von unadressierter Werbung in einen Briefkasten, welcher einen «Stopp Werbung»-Kleber (o.ä.) aufweist, ist keine Verkaufsmethode im Fernabsatz im Sinne der Grundsätze Nrn. 4.1 und 4.4, da es sich nicht um kommerzielle Kommunikation mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen handelt. Dennoch sind solche Zustellungen unlauter, da sie als Geschäftsgerebahren, das gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verletzen (Art. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). Das Einwerfen von Werbung in einen Briefkasten gegen den klaren und mit dem Kleber ausgedrückten Willen des Briefkastenhalters, gilt als aggressive und unlautere Werbemethode.
- 4 Die Verantwortlichkeit für die Lauterkeit in der Werbung liegt beim Werbeauftraggeber. Für Fehler von Dritt- oder Hilfspersonen trägt dieser die lauterkeitsrechtliche Verantwortung, vorliegend also die Beschwerdegegnerin. Ein Verschulden ist zur Erfüllung von Tatbeständen des UWG nicht notwendig.
- 5 Da es sich beim vorliegenden Flyer um kommerzielle Kommunikation handelt, versties die Beschwerdegegnerin somit gegen Art. 2 UWG und die Beschwerde ist gutzuheissen.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, dem Beschwerdeführer inskünftig keine unadressierte kommerzielle Kommunikation mehr zukommen sowie sicherzustellen, dass Personen, welche über einen Hinweis am Briefkasten verfügen oder auf andere Weise zum Ausdruck gebracht haben, dass sie keine solche unadressierte Werbung erhalten wollen, keine entsprechende kommerzielle Kommunikation mehr zugestellt wird.

- l) **Nr. 147/16**
(Direktmarketing – Unadressierter Flyer im Briefkasten trotz «Stopp Werbung»-Kleber)

Die Dritte Kammer,

i n E r w ä g u n g :

- 1 Trotz eines Klebers «Keine Werbung» am Briefkasten hat die Beschwerdeführerin zwei unadressierte Werbeflyer von der Beschwerdegegnerin erhalten. Überdies beanstandet sie, dass das Persönlichkeitsrecht von Albert Einstein verletzt werde.
- 2 Die Beschwerdegegnerin macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass nur einer der beiden Flyer kommerzielle Kommunikation darstelle, während der andere für eine unentgeltliche Veranstaltung werbe. Es könne nicht festgestellt werden, wie die Flyer in den Briefkasten der Beschwerdeführerin gelangt seien. Die Beschwerdegegnerin habe einige aktive Gegner und es könne sein, dass diese Flyer in Briefkästen mit entsprechenden Klebern werfen würden.
- 3 Zustellung von unadressierter Werbung in einen Briefkasten, welcher einen «Stopp Werbung»-Kleber (o.ä.) aufweist, ist keine Verkaufsmethode im Fernabsatz im Sinne der Grundsätze Nrn. 4.1 und 4.4 der Lauterkeitskommission, da es sich nicht um kommerzielle Kommunikation mittels persönlicher Adressierung an individuelle Personen handelt. Dennoch sind solche Zustellungen unlauter, da sie als Geschäftsgebaren, das gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, die Generalklausel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verletzen (Art. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). Das Einwerfen von kommerzieller Kommunikation in einen Briefkasten gegen den klaren und mit dem Kleber ausgedrückten Willen des Briefkastenhalters gilt als aggressive und unlautere Werbemethode.
- 4 Die Verantwortlichkeit für die Lauterkeit in der Werbung liegt beim Werbeauftraggeber. Für Fehler von Dritt- oder Hilfspersonen trägt dieser die lauterkeitsrechtliche Verantwortung, vorliegend also die Beschwerdegegnerin. Ein Verschulden ist zur Erfüllung von Tatbeständen des UWG nicht notwendig.
- 5 Die Vorbringen der Beschwerdegegnerin, wonach möglicherweise Gegner die Flyer in Briefkästen mit «Keine Werbung»-Kleber einwerfen würden, ist wenig glaubwürdig und beruht auf blossen Vermutungen.
- 6 Da es sich bei beiden vorliegenden Flyern um kommerzielle Kommunikation im Sinne des Grundsatzes Nr. 1.2 handelt (einerseits Werbung für den Verkauf eines Buches, andererseits Werbung für eine Veranstaltung, welche PR- und/oder Mitgliederakquisitionszwecken dient), versties die Beschwerdegegnerin somit gegen Art. 2 UWG und die Beschwerde ist gutzuheissen.
- 7 Im Zusammenhang mit der Abbildung von Albert Einstein wird darauf hingewiesen, dass mit dessen Tod das Persönlichkeitsrecht sowie das damit verbundene Recht am eigenen Bild untergegangen ist. Überdies ist zu bemerken, dass das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, wonach sie urheberrechtlich legitimiert sei, das Bild Einsteins zu verwenden, nichts mit dem Aspekt des (untergegangenen) Persönlichkeitsrecht Einsteins zu tun hat.

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

Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, der Beschwerdeführerin inskünftig keine unadressierte kommerzielle Kommunikation mehr zukommen zu lassen sowie sicherzustellen, dass Personen, welche über einen Hinweis am Briefkasten verfügen oder auf andere Weise zum Ausdruck gebracht haben, dass sie keine solche unadressierte Werbung erhalten wollen, keine entsprechende kommerzielle Kommunikation mehr zugestellt wird.