

# Plenum/Plénum/Assemblea plenaria 8.5.2019

## 1. Rekurse/Recours/Ricorsi

- a) Konkurrentenbeschwerde  
Nr. 167/18  
(Irreführung/Swissness – Werbeaussagen zu Fusspflegelinie)
- b) N° 116/19  
(Green Marketing – Publi-reportage «Le chauffage au mazout pauvre en CO<sub>2</sub>»)

# 1. Rekurse/Recours/Ricorsi

## a) Konkurrentenbeschwerde

Nr. 167/18

(Irreführung/Swissness – Werbeaussagen zu Fusspflegelinie)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

**i n E r w ä g u n g :**

**Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:**

- 1 Die Beschwerdeführerin beanstandet die folgenden sieben Werbeaussagen einer Konkurrentin zu deren Produkt «XXXXXXXXXX», welche in Inseraten im offiziellen Organ des Schweizerischen Podologenverbandes SPV «Podologie Schweiz», in Flyern und Mailings sowie auf der Website der Beschwerdeführerin publiziert wurden:

1. Natürliche Inhaltsstoffe
2. Frei von Allergenen und sensibilisierenden Inhaltsstoffen
3. Frei von Alkohol
4. Frei von Palmfett/-öl
5. Frei von Mineralölen
6. komplett frei von Allergenen
7. mit Seidenproteinen
8. 100% Swiss / Natural / Naturkosmetik
9. In umfassenden Studien wurde gezeigt...

- 2 Die Beschwerdeführerin erachtet diese Werbeaussagen aus folgenden Gründen als unlauter:

Zu 1: Anhand der Inhaltsstoffliste sei ersichtlich, dass die Deklaration «natürliche Inhaltsstoffe» sehr irreführend sei.

Zu 2. + 6.: Die Formulierungen enthalten u.a. Parfumstoffe und ätherische Öle (Teebaumöl, Rosmarinöl, Latschenkieferöl, Lavendelöl uvm.). Diese Stoffe können gemäss Beschwerdeführerin in kleinsten Mengen allergieauslösend wirken. Deshalb sei es irreführend und sogar gesundheitsrelevant, ein Produkt als «komplett frei von Allergenen» zu deklarieren.

Zu 3: Auf der INCI-Liste (auf dem Produkt) von «XXXXXXXXXX Hornhaut» sei Alcohol sogar deklariert. Auch Ceteareth-12, -20, 25, Cetylalcohol, Phenethyl Alcohol, Phenoxyethanol und sogar Glycerin seien Alkohole. Die Deklaration «ohne Alcohol» sei klar irreführend.

Zu 4: Isopropyl Myristate sei eine chemische Verbindung aus der Gruppe der Carbonsäureester und werde auf natürliche Weise u.a. aus dem Palmkernöl gewonnen. Also sei anzunehmen, dass zwar kein Palmkernöl enthalten ist, aber ein Bestandteil davon.

Zu 5: Undecane sei Bestandteil des Paraffins und des Erdöls, also ein anders deklariertes Mineralöl. Theoretisch sei es natürlich gewinnbar als Bestandteil verschiedener Pheromone, wie zum Beispiel von Motten und Kakerlaken. Tridecane sei ein Bestandteil von Heizöl, also auch ein anders deklariertes Mineralöl. Theoretisch sei es ebenfalls natürlich gewinnbar aus einem Sekret der Baumwanze. Dies sei aber höchst unwahrscheinlich.

Zu 7: In den Inseraten wird mit Seidenproteinen (Produkt [REDACTED]) als Inhaltsstoff geworben. Auf der INCI-Liste sei dieser Inhaltsstoff jedoch nicht aufgeführt.

Zu 8: Anhand der Inhaltsstoffliste sei ersichtlich, dass diese Deklarationen irreführend seien.

Zu 9.: Dies sei die einzige ihnen bekannte Studie, welche mit 20 Probanden und nicht placebokontrolliert durchgeführt worden sei: <https://mibellebiochemistry.com/app/uploads/2015/03/PCT-Malus-Domestica-Stimulation-of-stem-cells-for-real-skin-rejuvenation-CosmeticsDesign-08-2008.pdf>.

- 3 Die Beschwerdegegnerin nimmt zu den einzelnen Ausführungen der Beschwerdeführerin, unter anderem mit Verweis auf Ausführungen der Herstellerin des Produktes, detailliert Stellung. Sie macht darüber hinaus geltend, dass es sich um keine Sache von grundlegender Bedeutung handle, weshalb gemäss Geschäftsreglement nicht auf die Sache einzutreten sei.
- 4 Gemäss ständiger Praxis der Lauterkeitskommission bezieht sich Art. 10 Abs. 1 des auf dieses Verfahren noch anwendbare Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission (Ausgabe vom 1.1.2005), wonach eine Beschwerde anhand zu nehmen ist, soweit es sich um eine Sache von grundsätzlicher Bedeutung handelt, auf die Fälle der Nichtanhandnahme gemäss Art. 9 Abs. 1 des Geschäftsreglements. Mit anderen Worten kann ein Beschwerdeverfahren gestützt auf Art. 10 Abs. 1 des Geschäftsreglements demnach durchgeführt werden, obwohl ein Grund zur Nichtanhandnahme vorliegen würde. Die vorliegende Beschwerde leidet an keinem Grund zur Nichtanhandnahme im Sinne von Art. 9 des Geschäftsreglements. Daher ist auf die Beschwerde unabhängig von Art. 10 des Geschäftsreglements einzutreten.
- 5 Die Schweizerische Lauterkeitskommission als private Selbstkontrollorganisation hat gemäss Art. 1 Abs. 3 des Geschäftsreglements einzig die Aufgabe und Kompetenz, die kommerzielle Kommunikation von Unternehmen auf ihre Lauterkeit hin zu überprüfen. Sie macht das mittels eines einfachen Verfahrens, ohne die Möglichkeiten einer umfangreichen Beweisabnahme etc., wie das in staatlichen Verfahren durchgeführt werden kann (Tätigkeitsbericht 2013, S. 12). Das vereinfachte Verfahren der Lauterkeitskommission sieht sodann auch keine vertieften Sachverhaltsabklärungen oder mehrfache Schriftenwechsel vor (Nr. 238/2016, Plenum vom 08. November 2017). Beinhalten die Vorbringen der Parteien Behauptungen und Gegenbehauptungen, die ein umfangreiches Beweisverfahren nötig machen würden, so ist die Sache nicht durch die Kommission, sondern ausschliesslich durch die staatlichen Gerichte zu beurteilen (Tätigkeitsbericht 2004, S. 12).
- 6 Im Verfahren vor der Lauterkeitskommission genügt grundsätzlich Glaubhaftmachung und es muss kein strenger Beweis geführt werden. Immerhin müssen objektive Anhaltspunkte bestehen, welche für die Richtigkeit der einen und die Unrichtigkeit der anderen Parteibeauptung sprechen. (Nr. 235/2013, Zweite Kammer vom 6. November 2013).
- 7 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) müssen Tatsachenbehauptungen in der Werbung zu den eigenen Produkten richtig und nicht irreführend sein. Dies beurteilt sich nach dem Verständnis der Durchschnittsadressaten (vgl. Grundsatz Nr. 1.1. Ziff. 2, Ausgabe April 2008). Darüber hinaus werden bei Fachbegriffen aber auch die Definitionen von Spezialgesetzen und Branchenusancen in die Beurteilung miteinbezogen.
- 8 Die vom Beschwerdeführer beanstandeten Werbeaussagen der Beschwerdegegnerin zu deren Produkt «[REDACTED]» beurteilt die Kammer basierend auf den vorangegangenen Erwägungen wie folgt:
- 9 «**Natürliche Inhaltsstoffe**»: Es gibt in der Gesetzgebung keine Definition von «natürlich». Auch für den Begriff Naturkosmetik besteht keine Gesetzesdefinition. Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerde keine substantiierten Ausführungen dazu, welche konkreten Inhaltsstoffe nicht natürlich sein sollen. Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin resp. der Herstellerin des Produktes zu diesem Punkt sind nachvollziehbar. Begründete Zweifel an der Richtigkeit der Aussage «Natürliche Inhaltsstoffe» ergeben sich aus den vorliegenden Akten nicht. Die Beschwerde ist in diesem Punkt daher abzuweisen.

- 10 **«Frei von Allergenen und sensibilisierenden Inhaltsstoffen»** resp. **«komplett frei von Allergenen»**: Es gibt nicht nur die 26 geregelten Allergenen, die allergieauslösen wirken, sondern auch viele andere Inhaltsstoffe. Im Branchen-Dokument der EU «Technical document on cosmetic claims, Agreed by the Sub-Working Group on Claims (version of 3 July 2017)», nachfolgend «Technical document», ist das Folgende betreffend «Frei von Allergenen» in Zusammenhang mit dem Kriterium «Redlichkeit» festgehalten (Seite 13):

*“The claim ‘free from allergenic/sensitizing substances’ is not allowed. A complete absence of the risk of an allergic reaction cannot be guaranteed and the product should not give the impression that it does.”*

Gemäss wissenschaftlichen Grundlagen ist es demnach gar nicht möglich sicherzustellen, dass ein Kosmetikprodukt frei von Allergenen ist. Die Beschwerde ist in diesem Punkt daher gutzuheissen.

- 11 **«Frei von Alkohol»**: Im «Technical document» der EU (Seite 14) ist Folgendes betreffend «Free of alcohol» in Zusammenhang mit dem Kriterium «Fundierte Entscheidungsfindung» geschrieben:

*“Free from” claims or claims with similar meaning should be permitted when they allow an informed choice to a specific target group or groups of end users. The following claims should be permitted if they also comply with the other common criteria: ‘free from alcohol’, e.g. in a mouthwash intended as a family product;”*

In diesem Sinne ist «alkoholfrei» im Sinne von frei von Ethylalkohol zu verstehen (analog dazu Art. 2 Abs. 1 der Verordnung des EDI über alkoholfreie Getränke, SR 817.022.111).

Selbst im Lebensmittelbereich wird zugestanden, dass ein Produkt über Restalkohol in diesem Sinne verfügen darf und trotzdem noch als alkoholfrei bezeichnet werden. Der Ethylalkoholgehalt von alkoholfreien Getränken darf 0.5 Volumenprozent nicht überschreiten (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung des EDI über alkoholfreie Getränke). Die Beschwerdegegnerin hat glaubhaft dargetan, dass ihr Produkt über eine Alkoholkonzentration von 0.03% verfügt. Eine solche minimale Konzentration an Ethylalkohol ist nicht geeignet, die Wirkungsweise des vorliegenden Kosmetikproduktes zu beeinflussen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt daher abzuweisen.

- 12 **«Frei von Palmfett/öl»**: Die Aussagen und Erläuterungen der Beschwerdegegnerin resp. der Herstellerin des Produktes zum Vorwurf der Unrichtigkeit dieser Werbeaussage sind glaubhaft. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

- 13 **«Frei von Mineralölen»**: Die komplexen chemischen Fragestellungen zu diesem Sachverhalt, welche die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin in ihren Eingaben ansprechen, sind im Rahmen des einfachen Verfahrens vor der Lauterkeitskommission nicht abzuklären und abschliessend zu beurteilen. Auf die Beschwerde ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

- 14 **«mit Seidenproteinen»**: Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin resp. der Herstellerin des Produktes, insbesondere auch, dass die fehlerhafte INCI-Auflistung korrigiert wurde, erscheinen glaubhaft. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

- 15 **«100% Swiss»**: Damit Kosmetika als «schweizerisch» bezeichnet werden dürfen, müssen gemäss den spezialgesetzlichen Bestimmungen der Verordnung über die Verwendung von schweizerischen Herkunftsangaben für kosmetische Mittel (SR 232.112.3) nicht nur mindestens 60 Prozent der Herstellungskosten sondern auch mindestens 80 Prozent der Kosten für die Forschung und Entwicklung sowie für die Fertigung in der Schweiz anfallen. Überdies müssen bei Schweizer Kosmetika bestimmte Tätigkeiten, die für die Qualität eines kosmetischen Mittels besonders relevant sind, zwingend in der Schweiz vorgenommen sein. Die Beschwerdegegnerin macht dazu trotz ihrer Beweispflicht keine Ausführungen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt daher gutzuheissen.

- 16 «In umfassenden Studien wurde gezeigt...»: Im «Technical document» (Seite 11) ist Folgendes betreffend «Best practice applying to the use of published information» erwähnt:

*“Published information may include scientific publications, scientific state-of-the-art and market data. Reference to scientific publications on ingredients or combinations of ingredients to substantiate a claim is acceptable provided that they are relevant to the cosmetic product and the claim made. Particular weight can be given to articles that have been peer-reviewed before being published in the scientific literature where they are open to scrutiny by the scientific community at large. Market data (e.g. a company’s market share within a specific product category in a specific country) may be a legitimate source of information to substantiate claims. Such data should be relevant to the claim made and representative of the market in question.”»*

- 17 Wenn sich Kosmetikwerbung auf Studien berufen will, ist damit eine umfassende wissenschaftliche Dokumentation notwendig, welche den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen und Standards entspricht. Ob die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Publikationsbelege diesen hohen Standards entsprechen, kann im Rahmen des einfachen Verfahrens der Lauterkeitskommission nicht beurteilt werden, auch wenn sich bereits gewisse Zweifel ergeben (z.B. identische Autoren in den verschiedenen Publikationen, geringe Anzahl Probanden). Auf die Beschwerde ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

- 18 Der Kammerbeschluss lautete daher wie folgt:

*«1. Der Beschwerdegegnerin wird empfohlen, auf die Werbeaussagen «Frei von Allergenen und sensibilisierenden Inhaltsstoffen» resp. «komplett frei von Allergenen» und «100% Swiss» oder gleichbedeutende Aussagen zu verzichten.*

*2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.»*

**Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:**

- 1 Die Beschwerdegegnerin hat innert Frist am 27. Februar 2019 Rekurs eingereicht. Betreffend der Aussage «100% Swiss» macht sie zusammenfassend geltend, dass diese Aussage von der Beschwerdeführerin gar nicht beanstandet worden sei, weshalb die Beschwerdegegnerin auch nicht habe erkennen können, dass dies Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei. Darüber hinaus verwende sie die Aussage «100% Swiss» berechtigterweise. Betreffend der zweiten Empfehlung der Vorinstanz («Frei von Allergenen und sensibilisierenden Inhaltsstoffen» resp. «komplett frei von Allergenen») hält die Beschwerdegegnerin fest, dass sie diese Empfehlung umsetzen werde.
- 2 Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Stellungnahme vom 8. April 2019 die Abweisung des Rekurses. Für den Konsumenten seien alleine schon die Aussagen «Lavendel aus dem Mont Blanc Gebiet» und «100% Swiss» widersprüchlich. Die Beschwerdeführerin fragt sich, wieso die Gegenseite nicht einfach die Prozentangabe weglasse.
- 3 Nach Art. 18 Abs. 1 Ziff. 2 des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission ist ein Rekurs nur in Fällen von Willkür möglich. Nach herrschender Rechtsprechung und Praxis der Lauterkeitskommission liegt Willkür dann vor, wenn die Erwägungen der Vorinstanz offenbar unhaltbar sind, zur tatsächlichen Situation im Widerspruch stehen, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen, oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen (M. Senn, Superlativwerbung Hotelfachschule, sic! 4/2017, S. 248). Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.
- 4 In der Beschwerde vom 3. Oktober 2018 beantragt die Beschwerdeführerin unter der Rubrik «Beanstandete Werbeaussage» als Ziff. 2 die Aussage «100% swiss / natural». Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin wurde demnach die Bezeichnung «swiss» beanstandet. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a des Geschäftsreglements der SLK (in der am 3. Oktober 2018 gültigen Fassung) ist eine Beschwerde allerdings nicht anhand zu nehmen resp. es ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, wenn sie ungenügend begründet ist.

- 5 Die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerdebegründung keine Anhaltspunkte aufgeführt, weshalb die Herkunftsbezeichnung «swiss» unzutreffend sein soll. Vielmehr hat sie erläutert, weshalb die Aussage «100% natural» nicht zutreffend sein soll. Mit Bezug auf die Herkunftsbezeichnung «swiss» war die Beschwerde offensichtlich ungenügend begründet, da in der Beschwerde jegliche Begründung dazu fehlte. Eine Heilung dieses Mangels («Lavendel aus dem Mont Blanc Gebiet») erst im Rekursverfahren ist nicht möglich. Mit der Gutheissung der Beschwerde mit Bezug auf die Werbeaussage «100% Swiss» beging die Vorinstanz somit einen offensichtlichen Verfahrensfehler, welcher als Willkürgrund im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Ziff. 2 zu werten ist. Der Rekurs ist daher gutzuheissen.
- 6 Die privatrechtliche Verfahrensordnung der Lauterkeitskommission sieht keine Kosten- und Entschädigungsfolgen im Falle des Unterliegens einer Partei vor. Der entsprechende Antrag der Beschwerdegegnerin ist daher abzuweisen.

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

1. Die Empfehlung der Vorinstanz zum Verzicht auf die Werbeaussage «100% Swiss» wird aufgehoben und auf die Beschwerde betreffend diese Aussage wird nicht eingetreten.
2. Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen.

**b) N° 116/19**

(Green Marketing – Publi-reportage «Le chauffage au mazout pauvre en CO<sub>2</sub>»)

La Commission Suisse pour la Loyauté,

**considérant ce qui suit:**

**La procédure de l'instance précédente a donné lieu aux résultats suivants:**

- 1 La partie plaignante fait valoir que l'assertion «Le chauffage au mazout pauvre en CO<sub>2</sub>» figurant dans un publi-reportage publié dans le magazine «Propriété» serait fallacieuse et incorrecte. Selon lui, il est bien connu qu'après le recours au charbon comme énergie de chauffage, moyen qui n'est plus utilisé en Suisse, le chauffage à mazout est le système qui dégage la plus grande quantité de CO<sub>2</sub>.
- 2 La partie défenderesse demande le rejet de la plainte. Elle fait valoir que l'assertion doit être comprise dans son contexte et qu'elle se rapporte aux trois solutions de chauffage décrites dans le texte, à savoir la combinaison d'un système de chauffage à mazout avec de l'énergie renouvelable et l'utilisation du mazout bio ou du mazout synthétique avec moins de CO<sub>2</sub>. La partie défenderesse explique par conséquent le caractère correct de l'assertion incriminée qui, à son avis, résulte de ce qui précède. En résumé, pour le lecteur moyen, il serait évident que le texte et le surtitre se rapportent également aux futurs développements des systèmes de chauffage à mazout, et qu'il ne s'agit pas de l'offre actuelle au véritable sens du terme.
- 3 Les assertions figurant dans la communication commerciale doivent être jugées selon la compréhension du destinataire moyen (Règle n° A.1, al. 3, chiffre 1 de la Commission Suisse pour la Loyauté (CSL)). Pour le lecteur moyen, il ressort de manière suffisamment claire du publi-reportage publié dans la revue spécialisée «Propriété» qu'il s'agit d'un article qui décrit les futures chances de développement de la technologie des systèmes de chauffage à mazout. C'est ce que montre déjà, par exemple, l'illustration visuelle avec les chiffres des années 2049, 2050, etc. Pour le lecteur moyen d'une telle publication spécialisée, ce contexte est suffisamment visible (voir aussi les formulations figurant dans le texte, comme p. ex. «Ces combustibles liquides renouvelables présentent un potentiel de réduction de CO<sub>2</sub> ...»). Il n'y a dans le texte aucune affirmation selon laquelle la technologie décrite serait déjà disponible aujourd'hui. Pour le lecteur moyen, ce publi-reportage ne donne pas non plus l'impression erronée selon laquelle les systèmes actuels de chauffage au mazout dégageaient moins de CO<sub>2</sub>. Partant, la plainte doit être rejetée. La teneur de la décision de la Chambre était la suivante:

*«La plainte est rejetée.»*

**Sur la base de ce qui précède, le plénum maintient ce qui suit:**

- 1 La partie plaignante a déposé un recours dans le délai imparti le 31 mars 2019. Elle fait valoir que les assertions de la partie défenderesse figurant dans sa prise de position sur la plainte ne seraient pas correctes. À son avis, le caractère fallacieux de l'article incriminé aurait pu être évité avec un surtitre plus clair. Et elle se demande pourquoi la partie défenderesse présente un article sur de futures conquêtes technologiques possibles en 2050 dans un magazine spécialisé destiné à des propriétaires fonciers qui recherchent des solutions actuelles pour leur bien immobilier. En outre, la partie plaignante renvoie aux actuelles manifestations environnementales des jeunes en Suisse dont les exigences d'actions concrètes ne placeraient pas seulement les milieux politiques devant leurs obligations, mais aussi une institution comme la Commission Suisse pour la Loyauté.
- 2 Dans sa prise de position du 9 avril 2019, la partie défenderesse demande le rejet du recours. Elle fait valoir que la partie plaignante, dans son mémoire de recours, n'aurait pas donné la moindre explication justifiant pourquoi l'article incriminé aurait enfreint des dispositions légales, etc. Selon elle, il est également compréhensible que des propriétaires fonciers s'intéressent à de futurs développements technologiques.

- 3 Conformément à l'art. 18, al. 1, chiffre 2 du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté, un recours n'est possible que dans des cas d'arbitraire. Selon la jurisprudence et la pratique dominantes de la Commission Suisse pour la Loyauté, il y a arbitraire quand les attendus de l'instance précédente sont manifestement injustifiables, en contradiction évidente avec la situation réelle, en infraction à une norme ou à une règle de droit incontestables ou encore gravement contraires à la notion d'équité. Comme expliqué dans le rapport annuel 2002 (page 8), la possibilité de recours n'a pas été prévue pour forcer la Commission à réexaminer une affaire.
- 4 Dans son recours, la partie plaignante ne fait figurer aucune explication qui permettrait de remettre en cause les attendus de l'instance précédente pour motif d'arbitraire. Également de l'avis du plénum, il n'y a aucun motif d'arbitraire dans le cas d'espèce. Selon la Règle n° A.1, al. 3, chiffre 2 de la Commission Suisse pour la Loyauté, pour juger de la loyauté d'une mesure de communication commerciale, c'est l'impression générale qui est déterminante. Certes, il se peut parfaitement que la partie plaignante ait raison dans le sens que certains énoncés et surtitres auraient pu être formulés de manière plus claire et plus explicite dans l'article de relations publiques en question. Toutefois, au vu de l'impression générale qui est par exemple caractérisée par la reproduction frappante des chiffres relatifs aux années 2049, 2050, 2051, etc., pour le destinataire moyen, tout comme de l'avis du plénum, il est évident que l'article en question se rapporte à une future évolution technologique possible des systèmes de chauffage au mazout. C'est pourquoi le recours doit être rejeté.

#### **rend la décision suivante**

Le recours est rejeté.