

Plenum/Plénum/Assemblea plenaria 14.11.2018

1. Hängige Verfahren/Procédures en cours/Procedure in corso

- a) N° 147/18
(Publicité destinée aux enfants – Bons cadeaux pour bonnes notes à l'école)

2. Rekurse/Recours/Ricorsi

- a) Nr. 115/18
(Gemeinnützige Propaganda – Kampagne gegen Gewalt an Frauen in Indien)
- b) Nr. 131/18
(Geschlechterdiskriminierung – Werbeplakate zu App «Das checkt jede...»)

1. Hängige Verfahren/Procédures en cours/Procedure in corso

a) N° 147/18

(Publicité destinée aux enfants – Bons cadeaux pour bonnes notes à l'école)

La Commission Suisse pour la Loyauté,

considérant ce qui suit:

- 1 Les parties plaignantes font valoir que l'offre publicitaire de la partie défenderesse de bons cadeaux destinés aux écoliers jusqu'à la 9^e année scolaire exploiterait de manière illicite la crédulité et l'inexpérience de ces mineurs ou de ces enfants.
- 2 La partie défenderesse demande de ne pas entrer en matière sur la plainte ou de la rejeter. Elle fait valoir le fait que cette plainte ne serait fondée d'aucune façon. De surcroît, la partie défenderesse considère comme un abus de droit allant dans le sens d'une condamnation prématurée et dénigrante le fait que les parties plaignantes ont déjà publié un communiqué de presse largement diffusé.
- 3 De surcroît, la partie défenderesse conteste le fait que les écolières et écoliers auxquels la publicité s'adresse ne seraient pas en mesure d'évaluer correctement l'offre publicitaire concernée. Selon elle, le fait de récompenser de bonnes notes à l'école avec un bon cadeau ne serait ni interdit, ni illicite. Bien au contraire, cette publicité entend communiquer le message positif selon lequel l'obtention de bonnes notes à l'école est un objectif souhaitable et digne d'efforts.
- 4 Conformément à l'art. 1 al. 3 du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté, la CSL a également pour tâche de déterminer si les mesures de communication commerciale qui lui sont soumises sont conformes au Code international de pratiques loyales en matière de publicité édicté par la Chambre de commerce internationale (ICC) (consultable sous <https://www.faire-werbung.ch/fr/dokumentation>).
- 5 Conformément à l'art. 18 de ce Code ICC, un soin particulier doit être mis en œuvre dans la communication commerciale ciblant ou faisant apparaître des enfants et des adolescents. Selon cette disposition, ces communications ne peuvent remettre en cause une attitude, un comportement social et un style de vie positifs. En outre, la communication commerciale ne doit pas jeter le discrédit sur l'autorité, la responsabilité, le jugement et les goûts des parents compte tenu des valeurs culturelles et sociales pertinentes.
- 6 Dès lors que le présent moyen publicitaire, conformément à la représentation visuelle des deux enfants, s'adresse manifestement à des élèves de l'école primaire en les invitant à présenter leurs certificats scolaires au professionnel de la publicité afin de recevoir en conséquence des bons cadeaux pour les bonnes notes présentées, les dispositions susmentionnées sont applicables.
- 7 L'entrée en matière sur la plainte n'est pas non plus empêchée par le fait que les parties plaignantes ont déjà communiqué dans la presse au sujet de la plainte déposée par leurs soins. Des circonstances de ce genre n'influencent pas l'indépendance de jugement de la Commission Suisse pour la Loyauté. Dans la mesure où la partie défenderesse fait valoir que les parties plaignantes auraient formulé une condamnation publique prématurée et dénigrante portant préjudice à son activité commerciale et, partant, une condamnation publique prématurée illicite, elle reste bien entendu libre de saisir les voies de droit correspondantes contre les parties plaignantes.
- 8 Puisqu'il s'agit, de l'avis de la Première Chambre, d'une affaire d'importance fondamentale, en vertu de l'art. 16 al. 3 du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté, la Chambre a présenté le cas au Plénum pour examen. Après une délibération approfondie et après un vote sur la question, où la voix prépondérante du président a tranché (3 voix contre 3, 1 abstention), le Plénum est parvenu à la décision suivante sur cette affaire:

- 9 En s'adressant à des enfants, resp. à des élèves de l'école primaire par le biais de ce moyen publicitaire, on n'exploite ni l'inexpérience, ni la crédulité de ces jeunes personnes. Les enfants connaissent déjà dans différentes situations de vie extrascolaires le lien entre une récompense et une bonne performance. Dans cette catégorie d'âge, ils sont déjà très bien en mesure de comprendre la conséquence d'une telle offre publicitaire; par conséquent, ils sont en mesure de l'accepter ou non. En outre, la mise en lien avec un avantage matériel en tant que telle ne doit pas être considérée sans autre comme malhonnête, compte tenu d'autant plus du caractère modique du montant de l'offre concrète (entre CHF 4.- et 2.- en fonction de la note attribuée) qui semble approprié.
- 10 Dans ce contexte, le fait que seuls certains élèves entrent en ligne de compte pour pouvoir bénéficier de ces bons cadeaux est conforme à d'autres situations de vie similaires, par exemple si l'on tient compte du fait que seuls des élèves ayant de bons résultats scolaires sont autorisés à commencer un apprentissage déterminé, voire à être admis au niveau du degré secondaire II. Cette situation est manifestement voulue par la société – avec pour conséquence acceptée, pour les personnes qui n'atteignent pas ces résultats, que ces dernières peuvent être préférentiellement. Compte tenu des règles d'application générales de la CSL (Règle n° 1.1.2, dernier alinéa ainsi qu'art. 18 du Code ICC, «Valeurs sociales», 2^e alinéa) selon lesquelles les valeurs (actuelles) de la société – et, de ce fait, le point de vue prédominant au sein de la société – doivent être prises en compte dans une communication commerciale (cf. à ce sujet Mischa Senn: «Nouveau principe relatif au domaine d'application et de validité [de la direction de la CSL]/*Neuer Grundsatz zum Geltungs- und Anwendungsbereich [der SLK-GS]*», sic!, 2008, 590, 592), on voit mal pourquoi une publicité ne serait pas autorisée à attirer l'attention sur une telle offre, certes sélective, tant que ce mode de faire est conforme au principe de performance qui prévaut dans la société et qu'il est aussi conforme aux exigences propres au système scolaire. Dans l'optique de la liberté d'opinion et de la liberté économique, on ne saurait discriminer le secteur de la publicité sans motif contraignant par rapport à d'autres domaines de la société. Or un tel motif contraignant n'existe pas dans le cas d'espèce, même s'il s'agit de publicité destinée à des enfants et à des jeunes.
- 11 À cet égard, la condition préalable du fait constitutif d'une infraction à l'art. 18 du Code ICC s'agissant des «valeurs sociales» n'est pas remplie puisque ce n'est pas la possession d'un *produit* en tant que tel qui est ici en discussion, c'est plutôt l'offre avec des bons-cadeaux qui fait ici l'objet de la prestation du vendeur. L'acquisition d'un produit du vendeur acheté de cette manière ne donne pas à son acheteur un avantage social sur les autres enfants ou adolescents tel que décrit à l'art. 18 du Code ICC; en outre, il ne s'agit pas ici d'un seul produit déterminé, p. ex. d'un produit exclusif, qui donnerait droit à un rabais. Au surplus, sur le produit lui-même acheté de cette façon, on ne pourrait pas non plus reconnaître s'il a été vendu avec ou sans rabais, raison pour laquelle d'autres enfants ne pourraient pas identifier dans quelles circonstances ce produit a été acheté. «L'avantage social», si tant en est qu'on voudrait concéder qu'il en existe vraiment un dans une telle situation, ne jouerait donc pas dans ce cas. Le seul avantage résiderait dans la réduction du prix, mais celle-ci est licite. Or si cet acte de base d'un vendeur est licite, la publicité réalisée à cet effet ne saurait être illicite – même pas à la lumière de l'art. 18 du Code ICC.
- 12 Dans la mesure où une autre interprétation de l'art. 18 du Code ICC existe ou serait possible, procéder à une telle interprétation selon sa libre appréciation relève de l'autonomie de décision de la Commission Suisse pour la Loyauté. Car dans sa jurisprudence, la Commission Suisse pour la Loyauté doit respecter la hiérarchie des normes de droit selon laquelle elle est tenue de se fonder en priorité sur ses propres Règles, qui constituent certes l'application nationale des directives du Code ICC (cf. Marc Schwenninger, in: Lucas David (édit.), *Werberecht/Droit de la publicité*, 2^e édition, Zurich 2010, art. 1 note 13 LCD), mais qui ne s'appliquent qu'à titre subsidiaire. Il faut en outre tenir compte du droit suisse général et spécifique régissant la loyauté (cf. Alexander Brunner, *Zur Praxis der SLK*/Au sujet de la pratique de la CSL, recht 2001, 1, 7) dans la mesure où des faits correspondants constitutifs d'une infraction trouveraient application. Comme expliqué sous chiffre 10, une situation de fait doit toujours être aussi appréciée à la lumière des règles d'application, à savoir dans le cas d'espèce, à la lumière de la question des valeurs prédominantes dans la société. S'il en résulte un conflit d'interprétation, ce sont les propres Règles de la CSL qui priment sur les directives ICC, dans la mesure où la condition préalable d'un fait constitutif d'une infraction au Code ICC serait véritablement remplie.

- 13 En outre, si la prestation du vendeur est liée – si d’aventure c’était le cas – en tant que telle à ce qu’on considérerait comme un traitement discriminatoire, ce ne serait pas le cas, en revanche, de la publicité réalisée sous cette forme. Car celle-ci n’est ni discriminatoire, ni choquante d’une autre façon, puisque que, comme l’avons déjà vu, elle ne donne à l’enfant ou à l’adolescent aucun avantage physique, psychologique ou social sur les autres enfants et adolescents.
- 14 En revanche, dans le cadre de la relation interne relevant du droit des contrats (relation vendeur – élève), il faudrait tenir compte des aspects relevant du droit de la protection de la personnalité et du droit de la protection des données (ainsi que du droit des personnes, le cas échéant), ce qui ne doit pas être jugé par la Commission Suisse pour la Loyauté puisqu’aucun des faits constitutifs d’infraction à la Règle n° 3.2 n’est applicable au cas d’espèce.
- 15 En résumé, en vertu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la publicité n’est pas illicite.
- 16 Partant, la plainte doit être rejetée.

rend la décision suivante :

La plainte est rejetée.



2. Rekurse/Recours/Ricorsi

a) Nr. 115/18

(Gemeinnützige Propaganda – Kampagne gegen Gewalt an Frauen in Indien)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

i n E r w ä g u n g :

Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:

- 1 Nach Auffassung des Beschwerdeführers macht die Beschwerdegegnerin auf ihrer Website falsche und irreführende Angaben zu Zahlen über die Gewalt an Frauen in Indien. Mit der Werbung werde Indien in «Sippenhaft» genommen, was gegen die Menschenrechte verstosse. Dieser falsche Eindruck werde durch die Darstellungen in der TV-Kampagne der Beschwerdegegnerin unterstützt, in der ein indisches Mädchen laute Stimmen und Zerschlagen von Geschirr hört, was sich zwar in Minne auflöse, aber eindeutig auf das Vorurteil zur Gewalt an Frauen in Indien hinweise.
- 2 Die Beschwerdegegnerin erläutert in ihrer Beschwerdeantwort, dass sie in den fraglichen Kommunikationsmitteln nicht negiere, dass auch in anderen Ländern Gewalt an Frauen ausgeübt werde. Sie macht aber geltend, dass die Aussagen zur Gewalt an Frauen in Indien korrekt seien. Die Werbung sei weder irreführend noch unlauter.
- 3 Die Aufgabe der Schweizerischen Lauterkeitskommission liegt in der Prüfung der Lauterkeit der kommerziellen Kommunikation. Gemäss Grundsatz Nr. 1.2 ist unter kommerzieller Kommunikation (Werbung) jede Massnahme von Konkurrenten oder Dritten zu verstehen, die eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsverhältnissen zum Zweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflussen. Nicht als kommerzielle Kommunikation, gilt gemäss Grundsatz Nr. 1.5 Abs. 1 gemeinnützige Propaganda, es sei denn, eine gemeinnützige Organisationen betreibe eine kommerzielle Tätigkeit (Abs. 2).
- 4 Die Beschwerdegegnerin ist eine gemeinnützige Organisation. In der beanstandeten Massnahme der Kommunikation ist weder eine kommerzielle Tätigkeit der Beschwerdegegnerin erkennbar noch macht der Beschwerdeführer das Vorliegen einer solchen geltend. Aus diesen Gründen ist die Lauterkeitskommission nicht für die Beurteilung der beanstandeten Massnahme der Kommunikation zuständig und auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.
- 5 Der Kammerbeschluss lautete wie folgt:

«Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.»

Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:

- 1 Der Beschwerdeführer hat innert Frist Rekurs eingereicht. In seiner Rekurschrift, eingegangen am 31. Mai 2018 erläutert er noch einmal, welche Aussagen der Beschwerdegegnerin er aus welchen Gründen als unlauter erachtet. Auf die Frage, ob es sich vorliegend um kommerzielle Kommunikation handelt und ob die Lauterkeitskommission für die Beschwerde daher zur Beurteilung überhaupt zuständig ist oder nicht, hat er keine weiteren Ausführungen gemacht.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Stellungnahme vom 25. Juni 2018 die Abweisung des Rekurses.
- 3 Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b 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. Wie im

Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.

- 4 Aus der Rekurschrift des Beschwerdeführers ist kein solcher Rekursgrund ersichtlich. Der Beschwerdeführer wiederholt im Grundsatz die Vorwürfe gegen die von ihm beanstandete Kommunikation. Er geht aber nicht weiter auf die Feststellung der Vorinstanz ein, dass es sich vorliegend nicht um kommerzielle Kommunikation handelt und die Lauterkeitskommission gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz nicht zur Beurteilung dieser Kommunikation befugt ist.
- 5 Aus diesen Gründen ist der Rekurs abzuweisen.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

b) Nr. 131/18

(Geschlechterdiskriminierung – Werbeplakate zu App «Das checkt jede...»)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission,

in Erwägung:

Im vorinstanzlichen Verfahren hat sich das Folgende ergeben:

- 1 Nach Ansicht des Beschwerdeführers sind die Werbeclaims «Das checkt jede... sogar min Maa», «Das checkt jede... sogar min Vater» etc. diskriminierend im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.11 der Lauterkeitskommission. Es werde der diskriminierende Eindruck erweckt, die angesprochenen Personengruppen seien mental nicht oder nur knapp in der Lage, die einfache App der Beschwerdegegnerin zu verstehen. Würden dieselben Aussagen mit Frauen gemacht, wäre der diskriminierende Inhalt offensichtlich. Die vorliegende Werbung sei ein exemplarisches Beispiel für die fortschreitende Herabwürdigung des Mannes.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde. Im Sinne des Grundsatzes Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission sei ein Werbesujet nach der Grundaussage zu beurteilen, wobei auch eine erkennbare Parodie zu berücksichtigen sei. Die Einfachheit der App soll humorvoll unterstrichen werden, indem gängige Klischees aufgenommen werden. Vier Sujets würden sich auf Einzelpersonen als Teil einer Beziehung (Ehemann-Ehefrau, Eltern-Kind, etc.) resp. als Teil einer stereotypen Antagonie-Situation beziehen. Der nicht ernst gemeinte Charakter sei bei allen Sujets offensichtlich erkennbar.
- 3 Für den Durchschnittsadressaten ist die Bezugnahme auf stereotype Zuschreibungen in ironischer und parodistischer Art und Weise erkennbar (Grundsatz Nr. 1.1 Ziff. 2 der Lauterkeitskommission). Die Zuspitzung nimmt den jeweiligen Aussagen im Gesamtkontext der Werbemittel die Qualität einer ernst gemeinten Sachbehauptung. Aufgrund dieser erkennbaren werberischen Überzeichnung ist die Beschwerde abzuweisen.
- 4 Der Kammerbeschluss lautete wie folgt:

«Die Beschwerde wird abgewiesen.»

Basierend darauf hält das Plenum das Folgende fest:

- 1 Der Beschwerdeführer hat am 6. Juli 2018 innert Frist Rekurs eingereicht. Er bestreitet unter anderem, dass die Berufung auf die Grundaussage der Werbung im Sinne des Grundsatzes Nr. 1.1 Ziff. 2 eine Abweisung seiner Beschwerde rechtfertige. Die Tatsache, dass es nahezu keine negativen Rückmeldungen zur fraglichen kommerziellen Kommunikation gegeben habe, dürfe nicht zu einer Abweisung der Beschwerde führen. Ebenso rechtfertige die Tatsache, dass die Werbung ironischen und humorvollen Charakter habe, eine Abweisung der Beschwerde nicht. Es sei zudem unangebracht, wenn nicht zynisch, zu behaupten, dass hier gängige Klischees aufgenommen worden seien. Denn es sei eine Tatsache, dass sich die Beschwerdegegnerin immer resp. fast immer über einen Mann lustig mache. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Beschwerdegegnerin nicht auch über eine Frau lustig mache.
- 2 Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2018 die Abweisung des Rekurses. Sie macht geltend, dass aus der Rekurschrift keinerlei Willkürgründe im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der Lauterkeitskommission erkennbar seien. Im Grunde wiederhole der Beschwerdeführer nur das, was er in der Beschwerde bereits ausgeführt habe.
- 3 Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements der SLK 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. Wie im Tätigkeitsbericht 2002

(Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten.

- 4 Aus der Rekurschrift des Beschwerdeführers sind keine solche Willkürgründe ersichtlich. Im Grundsatz wiederholt der Beschwerdeführer die Vorwürfe, welche er bereits in der Beschwerde vorgetragen hat. Die Feststellung der Vorinstanz, dass die stereotypen Zuschreibungen in erkennbarer ironischer und überzeichneter Art und Weise erfolgen, ist nicht als willkürlich zu beurteilen.
- 5 Darüber hinaus kann das Folgende festgehalten werden: In den Aussagen dieser Kampagne erkennt der Durchschnittsadressat nicht primär Aussagen über das andere Geschlecht, sondern solche über eine Person, welche in einer Beziehung zur aussagenden Person steht. Innerhalb der dargestellten Beziehungen (z.B. Ehegatten, Geschwister, Vorgesetzte und Arbeitnehmende etc.) ist es nicht ungewöhnlich, dass eine Person weniger technikaffin ist oder geringere Kompetenzen im Umgang mit Apps aufweist als die andere Person. Zum Beispiel in einem Geschwisterverhältnis ist das Vorliegen eines solchen Umstandes durchaus realistisch und das Hervorheben dieses Umstandes nach aussen, insbesondere im jugendlichen Alter, nicht lebensfremd. Die Kampagne, die beispielsweise sowohl das Verhältnis Schwester–Bruder als auch das Verhältnis Bruder–Schwester zum Inhalt hat, spielt primär mit diesem Beziehungsverhältnis und nur untergeordnet mit dem Geschlechterverhältnis (so existiert im Rahmen der Gesamtkampagne nach Kenntnis der Lauterkeitskommission beispielsweise auch das Sujet «Das checkt jede – sogar mini Schwöschter»).
- 6 Aus diesen Gründen ist der Rekurs abzuweisen.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.