

Plenum/Plénum 020507

Rekurse/Recours

- 1) N° 167/06
(Slogan litigieux)
- 2) Nr. 171/06
(Getreideriegel)
- 3) Nr. 196/06
(Massive Belästigung)
- 4) Nr. 219/06
(Angélique de Succès)
- 5) Nr. 227/06
(Inserat mit Blondine als Blickfang)

1) N° 167/06
(Slogan litigieux)

La Commission Suisse pour la Loyauté,

considérant ce qui suit:

- Le recours déposé par la défenderesse le 25 octobre 2006 contre l'arrêt rendu par la Première Chambre le 7 septembre 2006, notifié le 4 octobre 2006, respecte le délai imparti. La plaignante a pris position à ce sujet le 7 décembre 2006.
- Comme le spécifie le Rapport annuel 2002 (page 8), la possibilité de recours n'a pas été prévue pour forcer la Commission à réexaminer une affaire. Un réexamen ne se justifie que dans les cas où l'instance précédente a dépassé ses compétences ou commis une erreur flagrante (article 19, alinéa 1, lettre b, du Règlement de la Commission Suisse pour la Loyauté). Cela entre en ligne de compte 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 incontestable ou encore gravement contraires à la notion d'équité. Le recours doit être examiné dans le cadre d'une quête de possible arbitraire.
- La recourante fait valoir que la Chambre a statué arbitrairement, du fait qu'il ne ressort pas de l'arrêt mis en cause comment la Chambre en est arrivée à rendre celui-ci. Elle avance en outre que la Chambre aurait omis d'analyser de plus près les prestations de la défenderesse et comparé des prestations qui ne sont pas comparables.
- La Chambre est parvenue à la conclusion que les domaines «online investment banking» et «online trading» ne sont pas perçus par les destinataires des prestations qu'ils recouvrent comme des marchés différents, mais comme des prestations mises en concurrence. L'instance précédente a agi correctement et non arbitrairement en élevant en critère cette perception du destinataire moyen pour juger si les deux parties sont actives dans des marchés identiques ou du moins comparables. Peu importe dans ce sens que les prestations fournies soient les mêmes ou, comme dans le cas présent, que le négoce en ligne de valeurs se déroule techniquement de manière différente.
- En vertu de l'article 15 de son Règlement, la Commission a procédé à ses propres investigations dans la perspective de l'examen de ce recours, afin d'être en mesure de juger, ce qui était très difficile pour elle vu la complexité de la question des divers marchés dans le domaine du «online banking» et du «online trading». Interrogée à ce sujet, la Commission fédérale des banques (CFB) a confirmé que le terme «investment banking» recouvre à son avis le même marché ou du moins un marché semblable que le «trading». Cela étant, il existe, à sa connaissance, divers offreurs dans le domaine du commerce électronique («e-trading») ou de l'«investment banking», sans que pourtant il y en ait un qui y domine.
- Si, de l'avis même des experts, il ne s'agit pas clairement de domaines distincts, il n'est vraiment pas arbitraire d'admettre que les interlocuteurs moyens, dépourvus de formation technique spécifique, n'y voient pas de différence. Il en résulte que le fait d'admettre qu'il puisse s'agir de prestations comparables et que les messages publicitaires mis en cause devraient partant respecter les règles de la publicité comparative ne peut pas être qualifié d'arbitraire.
- Il n'était donc pas arbitraire de reconnaître qu'il y a concurrence entre la plaignante et la défenderesse et de vérifier par conséquent la notion de «leader» concernant la plaignante. Il n'est pas dit dans le recours qu'il serait arbitraire de nier la position dominante rapportée aussi à la plaignante.
- En résumé, force est de constater que la décision de l'instance précédente ne peut pas être taxée d'arbitraire. Aussi convient-il de rejeter ce recours.

rend

l'arrêt suivant:

Le recours est rejeté.

2) **Nr. 171/06**
(Getreideriegel)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission

i n E r w ä g u n g :

- Gegen den Entscheid der Ersten Kammer vom 7. September 2006, eröffnet am 20. September 2006, wurde von der Beschwerdegegnerin am 10. Oktober 2006 fristgerecht Rekurs eingereicht. Trotz Aufforderung wurde keine Rekursantwort eingereicht.
- Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten. Nur wo die Vorinstanz das Ermessen überschritten oder sonst wie grobe Fehler begangen hat, rechtfertigt sich eine Neuurteilung (Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements). Dies ist dann der Fall, 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. Im Rahmen dieser Willkürüberprüfung ist der Rekurs zu beurteilen.
- Die Rekurrentin macht insbesondere geltend, dass sich die beanstandete Werbung nicht auf einen «Durchschnittsapfel» beziehe und dies auch nicht die Intention der Beschwerdegegnerin gewesen sei.
- Kommerzielle Kommunikation ist nach ihrem Gesamteindruck zu beurteilen, welche diese beim Durchschnittsadressaten der Werbung hinterlässt. In der beanstandeten Werbung wird ein Apfel abgebildet mit dem Hinweis «100 kcal» und der beworbene Riegel mit dem Hinweis «82 kcal». Dass diese Angabe nur für einen grossen Apfel gelten soll, ist weder aus dem Text noch aus der grafischen Gestaltung ersichtlich. Für den Betrachter der Werbung bleibt die Botschaft: «Ein Apfel hat 100 kcal, der Riegel nur 82 kcal». Ob diese Botschaft den Intentionen des Werbetreibenden entspricht, ist für die lauterkeitsrechtliche Prüfung nicht relevant. Nach Ausführungen des Vertreters des Bundesamtes für Gesundheit, der als Experte Einsitz in der Lauterkeitskommission hat, müsste ein Apfel ein Gewicht von rund 200 gr. haben, um 100 kcal aufzuweisen. Auch nach Auffassung des Plenums sind 200 gr. nicht das Gewicht eines durchschnittlichen Apfels, sondern eines grossen Apfels, was auch die Rekurrentin in ihrer Rekurschrift bestätigt.
- Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz nicht willkürlich urteilte, indem sie die beiden Aussagen auf dem Werbemittel in Bezug zueinander setzte und somit als Vergleich wertete. Ebenfalls nicht willkürlich ist der Entscheid, indem er die Botschaft «ein Apfel hat 100 kcal» als unrichtig und somit als unlauter im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.5 beurteilte. Der Rekurs ist daher abzuweisen.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

**3) Nr. 196/06
(Massive telefonische Belästigung)**

Die Schweizerische Lauterkeitskommission

i n E r w ä g u n g :

- Gegen den Entscheid der Zweiten Kammer vom 2. November 2006, eröffnet am 22. November 2006, wurde von der Beschwerdegegnerin am 11. Dezember 2006 fristgerecht Rekurs eingereicht. Die Beschwerdeführer beantworteten den Rekurs am 10. Januar 2007.
- Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten. Nur wo die Vorinstanz das Ermessen überschritten oder sonst wie grobe Fehler begangen hat, rechtfertigt sich eine Neuurteilung (Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements). Dies ist dann der Fall, 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. Im Rahmen dieser Willkürüberprüfung ist der Rekurs zu beurteilen.
- Zusammenfassend macht die Rekurrentin geltend, der angefochtene Entscheid sei willkürlich, da er auf einem Sachverhalt basiere, der von den Beschwerdeführern nicht gerügt worden sei und zu dem die Rekurrentin daher noch nicht habe Stellung nehmen können. Ihr sei damit das rechtliche Gehör verweigert worden.
- Die Beschwerdeführer beanstandeten in ihrer Beschwerde, dass sie telefonisch belästigt worden seien. Sie verweisen in ihrer Beanstandung zwar auf die im Telefongespräch offenbar genannte Mehrwertdienstnummer im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel. Aber es ist aus der Begründung und der Beanstandung in der Beschwerde tatsächlich nicht ganz klar, ob sich ihre Beschwerde auch auf den Sachverhalt des Gewinnspieles unter Leistung eines Einsatzes bezieht oder nur auf die telefonische Belästigung.
- Obwohl die Lauterkeitskommission in ihren Beschwerdeentscheiden nicht an die Anträge der Beschwerdeführer gebunden ist, so muss der Beschwerdegegnerin bei der Beantwortung der Beschwerde zumindest klar und vorhersehbar sein, welcher Sachverhalt von der Lauterkeitskommission zu beurteilen sein wird. Vorliegend fehlte es an dieser Klarheit und es erscheint daher als willkürlich und Verstoss gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs, dass die Beschwerde basierend auf einem Verstoss gegen die Bestimmungen betreffend Gewinnspiele (Grundsatz Nr. 3.9) gutgeheissen wurde.

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

1. Der Rekurs wird gutgeheissen.
2. Der Kammerentscheid wird aufgehoben und zur Neuurteilung im Sinne von Art. 19 des Geschäftsreglements an die Kammer zurückgewiesen. Die Rekurrentin wird daher aufgefordert, innerhalb von 14 Tagen ihre Stellungnahme einzureichen betreffend Zulässigkeit des Gewinnspieles unter Einsatz einer Mehrwertdienstnummer.

**4) Nr. 219/06
(Angélique de Succès)**

Die Schweizerische Lauterkeitskommission

i n E r w ä g u n g :

- Gegen den Entscheid der Dritten Kammer vom 14. Dezember 2006, eröffnet am 17. Januar 2007, wurde von der Beschwerdegegnerin am 1. Februar 2007 fristgerecht Rekurs eingereicht. Die Rekursantwort datiert vom 15. Februar 2007.
- Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten. Nur wo die Vorinstanz das Ermessen überschritten oder sonst wie grobe Fehler begangen hat, rechtfertigt sich eine Neuurteilung (Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements). Dies ist dann der Fall, 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. Im Rahmen dieser Willkürüberprüfung ist der Rekurs zu beurteilen.
- Die Rekurrentin erachtet es unter anderem als willkürlich, dass ältere Menschen als Adressaten der fraglichen kommerziellen Kommunikation betrachtet werden. Im angefochtenen Entscheid basiert das Urteil der Kammer aber nicht auf einer solchen Annahme. Vielmehr wird ausgeführt, dass die notwendige Klarheit im Sinne des Grundsatzes Nr. 3.9 für einen flüchtigen Leser nicht bestehe. Es wird im Entscheid auch nicht in Abrede gestellt, dass eine chancengleiche Teilnahme nicht möglich ist. Es erscheint aber auch nach Ausführungen der Rekurrentin nicht als willkürlich, wenn die Kammer die geforderte Klarheit in der Kommunikation verneinte. Das Korrigieren eines ersten Eindruckes mittels fetter Überschriften durch allfällige Erläuterungen in den Teilnahmebedingungen genügt den Klarheitsanforderungen nicht.
- Die (unbewiesenen) Ausführungen der Rekurrentin zur Verhältniszahl der Besteller ist nicht relevant, da im Entscheid nicht die Frage der Besteller aufgeworfen wurde, sondern die Verknüpfung des Gewinnspieles mit einer Kostenbeteiligung für den Ausdruck von Dokumenten.
- Ebenfalls unbewiesen bleibt die behauptete Existenz von Angélique Succès, die in der Beschwerdeantwort als französische Hellseherin beschrieben wird und im Rekurs als in Portugal wohnhafte Dame. Auch der Entscheid betreffend Verstoss gegen Grundsatz Nr. 3.2 erweist sich daher als nicht willkürlich.
- Ebenfalls als nicht willkürlich zu beurteilen ist der vorinstanzliche Entscheid betreffend Verstoss gegen die Firmengebrauchspflicht. Weder auf dem Antwortumschlag noch auf einem Bon, welche beide der Beschwerde beilagen, ist die vollständige, im Handelsregister eingetragene Firma der Beschwerdegegnerin ersichtlich.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.

5) **Nr. 227/06**
(Inserat mit Blondine als Blickfang)

Die Schweizerische Lauterkeitskommission

i n E r w ä g u n g :

- Gegen den Entscheid der Dritten Kammer vom 14. Dezember 2006, eröffnet am 17. Januar 2007, wurde von der Beschwerdegegnerin am 1. Februar 2007 fristgerecht Rekurs eingereicht. Die Beschwerdeführerin nahm am 22. Februar 2007 zum Rekurs Stellung.
- Wie im Tätigkeitsbericht 2002 (Seite 8) ausgeführt, wurde der Rekurs nicht dazu geschaffen, die Schweizerische Lauterkeitskommission zu einer Wiedererwägung anzuhalten. Nur wo die Vorinstanz das Ermessen überschritten oder sonst wie grobe Fehler begangen hat, rechtfertigt sich eine Neuurteilung (Art. 19 Abs. 1 lit. b des Geschäftsreglements). Dies ist dann der Fall, 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. Im Rahmen dieser Willkürüberprüfung ist der Rekurs zu beurteilen.
- Nach Auffassung der Rekurrentin ist auf dem beanstandeten Sujet klar Marilyn Monroe erkennbar, weshalb es sich nicht um eine sexistische Szene, sondern um eine augenzwinkernde Anspielung auf diese Hollywood-Ikone handle.
- Kommerzielle Kommunikation ist danach zu beurteilen, wie sie der Durchschnittsadressat versteht. Bei der urteilenden Kammer und den anwesenden Experten hatte die fragliche Werbung offenbar nicht das von der Rekurrentin geltend gemachte Verständnis geweckt. Es kann auch nach den Erläuterungen der Rekurrentin nicht als willkürlich beurteilt werden, dass nach Ansicht der Kammer der geltend gemachte Bezug zu Marilyn Monroe nicht erkennbar war. Ob dieser Bezug zu Berühmtheiten in den anderen Sujets besser gelungen ist, muss vorliegend nicht beurteilt werden. Aber auch nach Auffassung des Plenums weist die abgebildete Frau keine bis wenig Ähnlichkeit mit Marilyn Monroe auf, so dass dieser Bezug auch durch allfällige Posen oder textliche Andeutungen nicht hergestellt wird.
- Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sich der vorinstanzliche Entscheid nicht als willkürlich erweist und der Rekurs daher abzuweisen ist.

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

Der Rekurs wird abgewiesen.