

EXTRACTO DE ACTA

Reunida no vigésimo primeiro dia do mês de Setembro do ano de dois mil e vinte e dois, a Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, apreciou o processo nº 5J/2022 tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 5J/2022

1. Objeto dos autos

A) Da Queixa

O **LIDL & COMPANHIA**, adiante designado por Requerente, veio apresentar queixa junto do Júri de Ética (JE) Publicitária da **ARP – ASSOCIAÇÃO DA AUTO-REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA**, para os efeitos do artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento do JE contra o **PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.**, adiante designado por Requerido, relativamente à comunicação comercial constante dos folhetos promocionais semanais, para o período decorrente entre 23 e 29 de agosto de 2022 e entre 30 de agosto de 2022 e 5 de setembro de 2022. Considera o Requerente que as referidas campanhas configuram publicidade comparativa ilícita por apresentar produtos que não são absolutamente idênticos quanto à natureza e método de fabrico – em concreto, produtos embalados versus produtos vendidos a granel -, existindo, assim, uma “divergência nas suas características essenciais” que tem influência no fator de comparação “preço”. Alega, ainda a Requerente que são comparados preços objeto de promoções temporárias com preços não promocionais, práticas que configuram a “divulgação de informação que é enganosa e pouco transparente” e que visa “distorcer o comportamento do consumidor, violando desta forma os seus direitos, mas também os princípios legais que regem a publicidade.

Neste contexto, a Requerente solicita que a publicidade comparativa constante dos folhetos promocionais divulgados e aplicáveis para os períodos de 23 a 29 de agosto de 2022, e de 30 de agosto a 5 de setembro relativa às campanhas denominadas de “Na hora de poupar em frescos de qualidade, Portugal sabe bem onde ir”, “Fomos às compras e veja quanto poupámos”, seja declarada publicidade comparativa ilícita por violação dos artigos 16.º e 11.º do Código da Publicidade e do artigo 15.º n.º 2, do Código de Conduta da ARP, sendo ordenada a retirada das campanhas publicitárias nos vários suportes utilizados (online e folhetos impressos) e a publicitação da decisão do Júri de Ética da ARP no seu website.

Notificada para o efeito, o Requerido apresentou resposta remetida por email, não cumprindo as formalidades previstas nos números 3 e 4 do art.º 11.º do Regulamento do Júri de Ética da ARP.

Nesta resposta o Requerido declara não ser membro da ARP, considerando por isso não se encontrar vinculado ao presente procedimento nem às regras processuais do Júri de Ética.

Considera a Requerida que “a comunicação publicitária desenvolvida por Pingo Doce observou todos os requisitos legais impostos”, sendo a comparação permitida nos termos do art.º 16.º do Código da Publicidade por se referir a produtos que respondem às mesmas necessidades e têm os mesmos objetivos.

Refira-se que na sua resposta, a Requerida tece considerações quanto a uma campanha publicitária da Requerente que, não sendo objeto da lide, não deve ser apreciada por este JE nesta sede.

Dão-se por reproduzidos a queixa, a resposta da Requerida e os documentos juntos pelas Partes.

2. Enquadramento ético-legal

2.1 Questões Prévias:

a) Da competência material da ARP em sede de autorregulação das comunicações comerciais

Indica a Requerida, na sua resposta, que “não é membro da Associação da Auto Regulação Publicitária e, nessa medida, não se encontra vinculada ao cumprimento de normas ou deveres constantes dos respetivos Estatutos, tão-pouco do Regulamento do Júri de Ética, incluindo as regras processuais previstas no referido Documento e respetivas Deliberações”.

A ARP baseia-se no compromisso voluntário que toda a Indústria assume de forma a respeitar e seguir as normas de conduta assentes nos princípios da legalidade, decência, honestidade e veracidade, promovendo assim a legalidade e a transparência da comunicação publicitária em benefício de uma concorrência honesta e preservando assim os direitos dos consumidores, sendo um organismo de autorregulação. Defende uma atividade publicitária lícita, honesta, verdadeira e leal, em consonância com o seu Código de Conduta, estando integrada no sistema de autorregulação europeu — European Advertising Standards Alliance (EASA) — e internacional — International Council of Advertising Self-Regulation (ICAS).

A atuação do JE, no âmbito do sistema de autorregulação de comunicações comerciais, é legitimada no art.º 1.º do Código de Conduta da ARP, porquanto o mesmo “aplica-se genericamente ao conjunto da Publicidade e de outras formas de Comunicação Comercial destinadas à promoção de um qualquer tipo de bem ou serviço, incluindo a promoção institucional e corporativa. (...)”, sendo que “Os padrões de conduta ética devem ser observados por toda e qualquer pessoa envolvida numa Comunicação Comercial, sejam Comerciantes/Anunciantes, publicitários, profissionais de

publicidade ou agências, outros operadores de mercado, nos Meios ou em funções afins.”.

A autorregulação Publicitária institui um mecanismo, tal como o nome indica, de autorregulação, ou seja, uma regulação assumida e exercida pelos próprios meios, por sua iniciativa e sob sua responsabilidade, apoiando a sua ação no escrutínio entre pares e na sua índole persuasiva e formativa.

A ARP tem por objetivo fomentar o respeito pela ética e pela deontologia que devem acompanhar a publicidade enquanto instrumento relevante no processo económico, representando uma manifestação de compromisso de base voluntária. Compromisso este que, pelo prestígio e idoneidade que a Associação angariou, se estende aos media e permite, numa base voluntária, a adesão dos próprios meios às decisões tomadas pelos órgãos desta associação.

b) Da resposta da Requerida

Tendo a Requerida sido notificada nos termos do art.º 11.º do Regulamento do JE para apresentar a sua contestação, veio apresentar uma resposta não cumprindo os formais estabelecidos no citado artigo.

Apesar deste facto, entende o JE valorar a resposta dada, com base no previsto no art.º 12.º do Regulamento do JE, a título de esclarecimentos prestados.

A ARP, enquanto mecanismo de autorregulação e tal como expresso na declaração de princípios da EASA – European Advertising Standards Alliance, à qual pertence, tem por objetivo “manter a confiança do consumidor na publicidade, dando uma resposta célere e eficiente às suas preocupações, e é responsável – sem reservas – pela aplicação da autodisciplina em

matérias de comunicação comercial e da publicidade, tendo legitimidade e competência para apreciar a presente queixa, o que fará seguidamente.

c) Da inutilidade superveniente da lide

Verifica-se que as comunicações comerciais objeto de análise não se encontravam em vigor à data da apresentação da queixa por parte da Requerente, pelo que há que analisar a questão da inutilidade superveniente da lide e do possível efeito prático da apreciação da licitude da comunicação comercial por parte deste JE, que poderá por este motivo ficar prejudicado, pelo menos em parte.

Com efeito, a missão primordial do JE é a apreciação de alegações comerciais que se encontrem ativas, constituindo um meio célere e eficaz de suster práticas que venham a ser consideradas desconformes ao promover a sua retirada imediata dos meios publicitários, missão que motiva a celeridade imposta à tramitação processual e à decisão do caso concreto.

A presente apreciação não terá este efeito. No entanto, consideramos que há que atender, também, ao papel pedagógico e preventivo da atuação do JE, sendo que as questões aqui controvertidas se poderão replicar noutras campanhas, verificando-se que a Requerida tem usado o mesmo modelo em mais de uma campanha publicitária, não sendo por isso de excluir que outras campanhas publicitárias venham a ser difundidas em termos semelhantes à campanha agora em análise.

Inexistindo normativo que vede a apreciação de queixas sobre comunicações comerciais que, no exato momento de sua apresentação, não se encontrem ativas, entende este JE que não há fundamento para declarar a inutilidade superveniente da lide, passando-se de seguida à apreciação das questões controvertidas apresentadas pela Requerente.

2.2. Apreciação

Analisada a publicidade, não restam dúvidas quanto à natureza comparativa da mesma. Nos termos n.º 1 do art.º 15.º do Código de Conduta da ARP, em linha com o art.º 16.º do Código da Publicidade, “É comparativa a Comunicação Comercial que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.”, o que acontece na publicidade em apreciação.

Resta analisar a licitude da mesma.

Entende a Requerida, que a publicidade compara produtos que não são idênticos, a saber:

- a) Bifes de peru e outros produtos, uma vez que a comparação é efetuada entre produtos pré-embalados e não pré-embalados;
- b) Dourada e salmão, sendo o produto apresentado como sendo de “aquacultura fresca” e outro referindo apenas de “aquacultura”.

O regime da publicidade comparativa obriga os operadores económicos a observar os limites impostos pelo art.º 16 do Código da Publicidade, em especial, os previstos no n.º 2, que obrigam a que a iniciativa publicitária respeite determinadas condições, das quais se destaca: a) Não seja enganosa, nos termos do artigo 11.º; b) Compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos; c) Compare objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço.

Quanto à comparação entre produtos não pré-embalados/pré-embalados haverá que determinar primeiramente se o método de acondicionamento do

produto – não pré-embalado/pré-embalado – determina que a publicidade comparativa não seja admitida e se, no caso em concreto, esta é uma característica essencial do produto que poderá induzir o consumidor em erro e ser, deste modo, enganosa.

É jurisprudência uniforme do TJUE que a exigência segundo a qual os produtos devem responder às mesmas necessidades ou ter o mesmo objetivo, deve ser interpretado no sentido que os produtos devem apresentar entre si um grau suficiente de substituibilidade ou permutabilidade para o consumidor.

Ora, os produtos comparados respondem efetivamente às mesmas necessidades e têm o mesmo objetivo, sendo passíveis de ser substituídos. Em ambos os casos especificados, mas também nos restantes, o facto do produto ser ou não pré-embalado não determina funções e objetivos diferentes ao produto.

O facto dos produtos serem “vendidos mediante metodologias diversas (granel/embalado), que são inerentes ao método de fabrico e respetiva cadeia de distribuição” não determina uma divergência nas suas características essenciais e, mesmo no caso da comparação entre “bife de frango” e “strogonoff de frango”, acompanhado do disclaimer “No balcão do talho do Pingo Doce, peça para preparar o strogonoff a seu gosto na quantidade que precisa”, considera-se que os produtos são substituíveis, logrando o consumidor adquirir ao preço indicado um produto com características similares e absolutamente substituível.

Em segundo lugar haverá que determinar se a publicidade é enganosa. Será enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o

consumidor. Analisada a publicidade verifica-se que a mesma é clara ao indicar esta diferença nos produtos, especificando a cada comparação que num caso o produto é vendido a granel, ou seja, não é pré-embalado e que, no outro caso estamos perante um produto pré-embalado, não sendo assim o consumidor iludido quanto ao que se está a comparar.

Discorda-se, assim, da Requerente quando indica que por os produtos não serem absolutamente idênticos, a comparação não seria lícita. Com efeito, para que a publicidade comparativa seja lícita, os produtos não têm de ser idênticos, mas, conforme disposto na alínea b) do n.º 2 do art.º 15.º do Código da ARP, responder às mesmas necessidades ou ter os mesmos objetivos. A licitude da publicidade comparativa está sujeita à condição de que os bens concorrentes comparados respondam às mesmas necessidades ou tenham os mesmos objetivos, isto é, que apresentem um suficiente grau de permutabilidade para o consumidor. Entende-se, assim, que esta não é uma diferença suscetível de condicionar de modo sensível a opção do consumidor médio, sendo que a diferença, ademais, resulta clara na comunicação comercial efetuada.

Alega a Requerente, quanto ao produto “Dourada”, que a comparação é enganosa uma vez que um produto está identificado como sendo de “aquacultura fresca”, e outro apenas como sendo de “aquacultura”.

Conforme alegado pela requerente, “relativamente a esta tipologia de produto alimentar “peixe”, apenas existem três formas de ser comercializado, como produto “fresco”, “congelado” ou “ultracongelado””. Não obstante existir num dos produtos a omissão à referência “fresca”, entende-se que esta não é suscetível de induzir em erro o consumidor médio uma vez que a comparação é efetuada entre dois produtos frescos, que respondem às mesmas necessidades e objetivos, não resultando para o consumidor da omissão que um dos produtos revista a forma de “congelado” ou

“ultracongelado” por oposição a um produto fresco, podendo os bens em causa ser identificados com base nas informações constantes da comunicação comercial, acompanhada de uma imagem do produto fresco.

Vale a pena recordar, a este propósito, que é jurisprudência assente no TJUE que, tendo em conta os objetivos da diretiva que veio regular o regime da publicidade comparativa, que visou contribuir para demonstrar objetivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis e assim estimular a concorrência entre os fornecedores de bens e serviços no interesse dos consumidores, as condições exigidas para a publicidade comparativa devem ser interpretadas no sentido a esta mais favorável (Acórdãos de 25 de Outubro de 2001, Toshiba Europe, C-112/99, Colect., p. I-7945, n.os 36 e 37, e de 8 de Abril de 2003, Pippig Augenoptik, C-44/01, Colect., p. I-3095, n.º 42; v., ainda, acórdão de 23 de Fevereiro de 2006, Siemens, C-59/05).

A comunicação comercial em análise procede a uma comparação agrupada sobre uma seleção de produtos comparáveis. É também entendimento consensual que uma publicidade comparativa que incide coletivamente sobre seleções de produtos de consumo corrente é lícita, mas também que os produtos apresentados, considerados individualmente, terão de satisfazer a exigência de comparabilidade.

Considera-se assim que, nesta parte, as alegações da Requerente não procedem em nenhuma das campanhas - períodos de 23 e 29 de agosto e entre 30 de agosto e 5 de setembro de 2022. Note-se que tal não significa que este JE esteja a formular um juízo de conformidade da comunicação comercial, antes se debruçando apenas nos aspetos postos em crise pela Requerente. Não se pronuncia, assim, este JE sobre outras características da comunicação comercial não alegadas pela Requerente.

A Requerente indica no ponto 35 da sua Queixa, que relativamente ao produto “Tomate Rama”, a Requerida “apresenta na campanha promocional em análise, o preço de €1,49/kg, que na semana anterior, foi comercializado nas suas superfícies comerciais ao preço promocional de €1,59/kg, conforme resulta da página 4 do folheto de campanha promocional, relativo ao período que decorre entre 16.8.2022 a 22.8.2022, que ora se junta como Documento 2 e que aqui se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos legais.”.

Analisada a comunicação comercial verifica-se que a comparação é efetuada com base, nos termos do disclaimer, “numa compra real efetuada no dia 18 de Agosto de 2022”. O preço do produto “Tomate Rama” praticado pela Requerida é anunciado como sendo €1,49/kg. Não obstante, no folheto promocional relativo ao período em que a compra real base da comparação foi efetuada, o preço “normal” do produto é indicado como sendo de €1,99/kg, sendo o preço alvo de uma condição promocional nesse período anunciando-se um preço de €1,59/kg.

Conforme já indicado, a Requerida apresentou uma resposta à queixa formulada, e na mesma, não obstante padecer de vício formal, não são trazidos ao conhecimento deste JE qualquer prova de que o preço praticado à data da compra real base da comparação foi de €1,49/kg, valor diferente do preço supostamente praticado à data e assinalado no folheto, e diferente, também, do preço não promocional identificado também no documento trazido à lide pela Requerente e não contestado pela Requerida.

Ora, se eventuais diferenças no modo de disponibilização dos produtos ao consumidor não conduz a qualquer alteração nas características intrínsecas dos produtos em questão enquanto géneros alimentícios, já a falta de transparência ou clareza na apresentação da característica comparada preço,

pode configurar uma prática enganosa e suscetível de induzir em erro o consumidor.

Não se comprovando a veracidade da alegação efetuada relativamente ao preço do produto “Tomate rama” e sendo por si só este um fator que determina o carácter enganoso da comunicação comercial, influenciando, ademais o nível de poupança anunciado e base da comunicação comercial, há que atender a que neste caso se estão a comparar preços objeto de condições promocionais temporárias, ademais, sem que esse facto seja claramente comunicado. Entende-se que neste caso a comparação entre um preço promocional temporário e um preço não sujeito a promoção não é de forma a acautelar que o consumidor não seja induzido em erro, não servindo a inclusão de mensagem com a data da compra que trará ao consumidor a informação de que o preço em geral praticado quanto ao produto não é o anunciado, sendo a comunicação comercial, por esse motivo, enganosa e a publicidade comparativa não permitida.

A publicidade comparativa deve contribuir para demonstrar objetivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis. Ora, falta essa objetividade à comparação de preços com condições diferentes sem que as condições em causa possam ser identificadas com precisão com base nas informações constantes desse anúncio. A objetividade exigida à comparação implica que os consumidores possam conhecer as reais diferenças de preço dos produtos comparados e não apenas uma diferença temporária entre os preços praticados pelo anunciante e os praticados pelos concorrentes (Acórdão Pippig Augenoptik, C-44/01).

3. Decisão

Por todo o exposto, delibera a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da Requerida, relativa ao período de 23 e 29 de agosto de 2022 é enganosa e, como tal, constitui publicidade comparativa ilícita, por desconformidade com o disposto no n.º 1 do art.º 4.º, art.º 5.º, n.ºs 1 e alínea b) do n.º 2 do art.º 9.º, art.º 12.º e alínea a) do n.º 2 do art.º 15.º do Código de Conduta da ARP e 10.º, 11.º do Código da Publicidade.».

Improcede o alegado pela requerida quanto à comunicação comercial relativa ao período de 30 de agosto e 5 de setembro de 2022.

A Presidente da Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação
Publicitária