

Extracto de Acta

Reunida no nono dia do mês de Novembro do ano de dois mil e vinte e dois, a Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária apreciou o processo nº 6J/2022, tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 6J/2022

1. Objeto dos Autos

1.1. A LACTOGAL - PRODUTOS ALIMENTARES, S.A. (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por LACTOGAL ou Requerente) veio, junto do Júri de Ética da ARP (adiante indiscriminada e abreviadamente designado por Júri ou JE), apresentar queixa contra a **DANONE PORTUGAL S.A.** (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por DANONE ou Requerida), relativamente a comunicação comercial à marca pela última comercializada “**ALPRO THIS IS NOT MILK**” (adiante, também, abreviadamente designada por produto) - comunicação essa promovida nos suportes embalagem, folheto, televisão, *internet*, *outdoor* e imprensa - tal, por alegada desconformidade com a legislação comunitária e nacional aplicável, designadamente, com (i) o artigo 78.º, n.º 2, e o Anexo VII, parte III do Regulamento (UE) n.º 1308/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece uma organização comum dos mercados dos produtos agrícolas; (ii) os artigos 3.º, alíneas a), c) e d) e 7.º, n.º 1 do Regulamento (UE) n.º 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 (regime comunitário relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os géneros alimentícios); (iii) o artigo 3.º, alínea a) do Regulamento (CE) n.º 1924/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro

de 2006, relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre alimentos; (iv) os artigos 3.º, alínea d) e 8.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (Lei da Defesa do Consumidor); (v) o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro (Código da Publicidade), com a redação introduzida pelo Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março (regime jurídico das práticas comerciais desleais), bem como com (vi) os artigos 12.º, 15.º, n.º 2, alíneas a), b), d) e) e f) e 16.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e Outras Formas de Comunicação Comercial.

1.2. Notificada para o efeito, a DANONE apresentou a sua contestação.

Dão-se por reproduzidos a queixa, a contestação e os documentos juntos pelas Partes.

1.2. Questão prévia

Alega a LACTOGAL, em sede de queixa, que o “... produto em apreço é (...) alvo de publicidade em **suporte de imprensa**, mais propriamente através da publicação de um artigo dedicado à bebida em questão, na revista NIT...” acrescentando que, tal artigo “...tem como *headline* “*a nova bebida vegetal do mercado feita de aveia “sabe mesmo a leite”*, garante a marca”. (Cfr. art.º 19).

Discordando de que a comunicação em apreço seja da sua responsabilidade, vem a DANONE invocar, na sua contestação, que “...não poderá deixar de destacar que a publicação da NIT, esmiuçada pela Lactogal nos artigos 19 a 24 (inclusive) da Queixa, se trata de artigo elaborado e publicado por um terceiro alheio à Alpro, não tendo tido esta qualquer intervenção na composição final do texto publicado – motivo pelo qual, naturalmente, sempre se deverá entender que o teor do mesmo em nada serve para alimentar ou fundamentar a Queixa apresentada pela Lactogal”. (sic. art.º 91).

A propósito, importa ao Júri lembrar que, de par com o facto de o artigo de imprensa em apreço possuir as características de uma publi-reportagem, o conceito legal de anunciante encontra-se estabelecido no artigo 5.º, alínea a) do Código da Publicidade como “...a pessoa singular ou colectiva no interesse de quem se realiza a publicidade. In *casu*, a Requerida.

De onde, cumpre ao JE considerar o suporte imprensa como integrante da totalidade da campanha publicitária em lide.

1.3. Dos factos

A DANONE divulgou através dos suportes embalagem, folheto, televisão, *outdoor*, imprensa e *internet* (neste último, se incluindo as plataformas *site institucional*, *Pinterest* e *Facebook*) uma campanha publicitária destinada a promover a sua marca de bebida vegetal “**ALPRO THIS IS NOT MILK**”. (Cfr. art.ºs 35 a 38 da queixa e documentos 2 a 10 juntos).

1.3.1. Das alegações publicitárias ou *claims*

Considerando a totalidade da campanha publicitária denunciada e ponderando as peças processuais e os documentos juntos pelas Partes, passa o Júri a elencar as alegações publicitárias ou *claims* e *disclaimer* objecto da questão controvertida.

Suportes embalagem, folheto, televisão, imprensa e *internet*, neste último, se incluindo as plataformas ***website institucional***, ***Pinterest*** e ***Facebook*** (cfr. Docs n.ºs 1 a 5 e 7 a 10 da queixa):

- (i) *claim* verbal “**ALPRO – THIS IS NOT MILK**”, encontrando-se o “**I**” da palavra “**MILK**” substituído pelo

- (ii) *claim* visual de uma **gota de cor branca que estiliza o “I” da palavra “MILK”** usada, igualmente, na parte lateral da embalagem;
 - (iii) *Claim* visual **“copo com líquido branco”**;
 - (iv) *Claim* visual **“garrafa com líquido branco”**;
 - (v) *Claim* visual **“taça com cereais mergulhados num líquido branco”**;
- todos, associados ao
- (i a) *disclaimer* **“BEBIDA 100% VEGETAL”**;

Suportes embalagem, *internet* (através de ***website* institucional** e de **Facebook**) e **Imprensa** (cfr. Docs n.ºs 1 e 2, 5, 7 e 9 da queixa, respetivamente):

- (vi) **“Fonte de cálcio”**;
- (vii) **“Fonte de cálcio e Vitamina D”**;

Suporte embalagem (cfr. Docs n.ºs 1 e 2 da queixa):

- (viii) **“O cálcio é necessário para a manutenção de ossos normais. Uma dieta variada e equilibrada e um estilo de vida saudável contribuem para uma boa saúde”**;

Suporte *internet* através de ***website* institucional** (cfr. Doc. n.º 7 da queixa):

- (ix) **“feito de aveia mas com sabor a leite”**;
- (x) **“isto não é leite mas tem o sabor de sempre”**;
- (xi) **“para os amantes de leite”**;
- (xii) **“Parece leite, sabe a leite, mas é 100% vegetal”**;
- (xiii) **“Sabemos que não gostas de abdicar do sabor da tua rotina! Por isso criamos Alpro This Is Not M*lk. Alpro This is not Milk. Tem um delicioso sabor a leite que é preciso beber para crer”**;

Suporte *internet* através de **Facebook** (cfr. Doc. n.º 5 da queixa):

- (xiv) “**Já ouviste falar de Alpro para milk lovers?**”;
- (xv) “**Alpro This is not Milk tem um delicioso sabor a leite que é preciso beber para crer**”;

Suporte *outdoor* (cfr. Doc. n.º 6 da queixa):

(i) *claim* verbal “**ALPRO – THIS IS NOT M*ILK**” em cor azul, encontrando-se o “**I**” da palavra “**MILK**” substituído pelo

- (ii) *claim* visual de uma **gota de cor branca que estiliza o “I” da palavra “MILK”**;

associados ao

- (i a) *disclaimer* “**BEBIDA 100% VEGETAL**”;
- (xvi) “**PARECE LEITE, SABE A LEITE, MAS NÃO É LEITE**”, apresentando-se com cerca de o dobro do tamanho dos anteriores, os caracteres da expressão “**MAS NÃO É LEITE**”;

Suportes *outdoor* e *internet* através de **Facebook** e **website** institucional (cfr. Docs. n.ºs 6, 5 e 7 da queixa, respetivamente):

- (xvii) “**sabe a leite**”;

Suportes folheto, televisão e *internet* através de **Facebook**, **website** institucional e **Pinterest** (cfr. Docs. n.ºs 3, 4, 5, 7 e 10 da queixa, respetivamente):

- (xviii) “**...SABOR A LEITE**”;

associado ao

- (i a) *disclaimer* “**100% VEGETAL**”.

1.4. Das alegações das Partes

1.4.1. Considera a LACTOGAL que a campanha publicitária da responsabilidade da DANONE ofende os normativos ético-legais em vigor relativos aos princípios da veracidade e de leal concorrência em matéria de comunicações comerciais que utilizem a expressão “leite” e, ou, imagens a este género alimentício alusivas, bem como o regime jurídico que regula as práticas de publicidade comparativa, alegando na sua queixa, que:

- (i) “A DANONE usa (...) um conjunto de alegações e de imagens alusivas ao leite, “...vestindo” aquela bebida *Alpro This is not M*lk* de leite da cabeça aos pés, sendo as mesmas susceptíveis de levarem o consumidor médio a crer que não existem diferenças entre aquela bebida e o leite, que a mesma é como o leite, exceto no “pequeno detalhe” de não se chamar leite” (sic. art.º I), acrescentando que, aquela “...apropria-se na promoção da bebida vegetal do património do leite – a) do nome - leite; b) da cor – branca; c) do sabor – “sabor a leite”; d) da aparência – “parece leite”; e) dos momentos de consumo - “*Sabemos que não gostas de abdicar do sabor da tua rotina! Por isso, criámos o Alpro This is Not M*lk.*” associado à imagem das formas de consumo típicas do leite “*simples*”, “*com cereais*”, “*nos batidos*”, “*com café*”; f) dos consumidores – “*para os amantes de leite.*” (sic. art.º II);

- (ii) “As soluções gráficas usadas nas embalagens, no folheto, nos filmes publicitários e na área de produtos no website ALPRO, tais como o copo com leite, a gota branca (alusiva ao leite) isolada ou estilizando o “l” da palavra “MILK”, a garrafa com leite, a predominância do branco lácteo, sendo que a cor da bebida vegetal é bege, são todas elas impressivamente alusivas ao leite” (sic. art.º IV), reforçando que, “No “Alpro – This is Not M*lk” o * é a imagem de uma gota de um produto branco lácteo que assegura duplamente a leitura da palavra ‘milk’, porque é, por um lado, identificável como sendo uma gota de leite e, por outro, substitui com eficácia o i em falta, lendo-se “This is not m*lk” (Isto não é leite)” (sic. art.º V) e que, a “...bebida vegetal ALPRO é diferente do

leite – no sabor, na cor, nos ingredientes e nas características nutritivas – com ele não se confundindo, nem comparando” (sic. art.º VI), acrescentando, ainda, que o “...consumidor em território nacional não é obrigado a saber inglês, pelo que aquele que não conheça essa língua é por via do uso de determinadas alegações e da componente gráfica dos referidos suportes comunicacionais – parece leite, sabe a leite, para os amantes de leite, gota de leite, copo com leite, taça com cereais e predominância do branco – induzido em erro a julgar que se trata de leite ou de uma bebida confundível com o mesmo, que o substitui.” (sic. art.º XIV);

- (iii) “A denominação «leite», que se encontra reservada exclusivamente para os produtos lácteos, não pode ser utilizada para designar, na comercialização ou na publicidade, um produto puramente vegetal, mesmo que essa denominação seja completada por menções explicativas ou descritivas que indiquem a origem vegetal do produto em causa - como é o caso com as expressões “THIS IS NOT M*LK” e “bebida 100% vegetal” - sendo que o novo produto da ALPRO não consta da enumeração do anexo I da Decisão 2010/791/UE da Comissão “, pelo que “...O uso daquela denominação na (...) ALPRO viola, assim, o disposto no artigo 78.º, n.º 2 e no Anexo VII, parte III, do Regulamento (UE) n.º 1308/2013 e o artigo 7.º, n.º 1 do DL n.º 57/2008” (sic. art.º VII), sendo que “A informação específica sobre géneros alimentícios que o operador está obrigado a transmitir (...) ao consumidor (...) tem de ser exacta, clara e facilmente compreensível, não o confundindo ou induzindo em erro...” (sic. art.º VIII);

- (iv) “A comunicação comercial não pode sugerir, por via do realce da inexistência de determinados ingredientes e/ou nutrientes, que o género alimentício possui características especiais quando todos os géneros alimentícios similares possuem essas mesmas características” (sic. art.º X), argumentando que, a “... atribuição de semelhanças da bebida vegetal ALPRO *THIS IS NOT MILK* com o leite, ao contrário do que sucede quanto às outras bebidas vegetais de aveia ALPRO, sugere que

aquela nova bebida vegetal possui características especiais quanto (à) existência ou inexistência de determinados ingredientes e/ou nutrientes, quando todas as outras bebidas de aveia possuem essas mesmas características” (sic. art.º XVIII) e que, “É proibida qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem que crie confusão com qualquer outro bem”, sendo “... o que sucede com o ALPRO THIS IS NOT M*LK quanto ao leite.” (sic. art.º XII);

- (v) “A alegação “*parece leite e sabe a leite*” não é verdadeira - a cor, os ingredientes e o sabor são diferentes - sendo, como tal enganosa, suscetível de induzir em erro o consumidor” (sic. art.º XVII) e “A atribuição de semelhanças da bebida vegetal ALPRO *THIS IS NOT MILK* com o leite, ao contrário do que sucede quanto às outras bebidas vegetais de aveia ALPRO, sugere que aquela nova bebida vegetal possui características especiais quanto (à) existência ou inexistência de determinados ingredientes e/ou nutrientes, quando todas as outras bebidas de aveia possuem essas mesmas características.” (sic. art.º XVIII);

- (vi) “É sobre o anunciante que recai o ónus da apresentação de provas da veracidade das alegações contidas na publicidade, designadamente na rotulagem, presumindo-se serem as mesmas inexatas se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.” (sic. art.º XIV).

1.4.2. Contraditando as alegações da LACTOGAL, vem a DANONE defender a ética e a legalidade da sua campanha publicitária invocando, designadamente, que:

- (i) “As alegações feitas por Alpro são quanto ao sabor (que “sabe a leite”) e forma/momento de consumo – “*simples, com cereais, nos batidos, com café*” – mas nunca de que se trata dum produto ou derivado do leite” (sic. art.º 88), acrescentando que, “...dispõe (...) de análises

laboratoriais que demonstram que o produto tem a quantidade necessária para ser considerado fonte de cálcio e vitamina D (pelo menos 15% dos valores de referência destes nutrientes)” (sic. art.º 89) que, “É falso que o Alpro *This is Not Milk* seja igual a todas as outras bebidas vegetais do mercado (...) resulta também das próprias listas de ingredientes que a Lactogal citou na Queixa e que demonstram, claramente, que o produto, tanto nas fórmulas Clássica ou Light, são bebidas de aveia com adição de diversos elementos, entre os quais cálcio e vitamina D e aromas, ao contrário das outras bebidas mencionadas” (sic. art.º 90) e que, “Em momento algum, dos materiais de comunicação da Alpro, esta tenta criar sequer a dúvida da semelhança com o produto leite.” (sic. art.º 94);

- (ii) “É falso que o produto “Alpro *This is not Milk*” seja apresentado como uma representação de um leite, e que nos seus materiais de comunicação se tente apropriar do “património do Leite” quando tem um nome auto-explicativo (*This is not Milk*), menções expressas a sua origem “100% Vegetal”, se refere que “Não é Leite” mas apenas ao “Sabor a Leite” como poderia referir ao “sabor a morango” (caso o produto tivesse tal aroma!)” (sic. art.º H) referindo, ainda, que “O Consumidor médio de produtos vegetais, em particular os comercializados sob a marca Alpro, não confunde bebidas de origem vegetal com bebidas de origem animal, desde logo porque a mensagem é clara, mas também por conta das próprias restrições alimentares...” (sic. art.º I);

- (iii) “...em momento algum a Alpro tentou dizer que o seu “Alpro *This is not Milk!*” é um Leite Vegetal, afirmando-se, pela negativa, que se trata de uma bebida vegetal que não é Leite (“*Not Milk!*”)!...” (sic. art.º N), acrescentando que “...a Lactogal esqueceu-se de continuar a leitura do artigo 78.º do Regulamento (UE) n.º 1308/2013 do Parlamento Europeu

e do Conselho, de 17 de Dezembro de 2013, que estabelece uma organização comum dos mercados dos produtos agrícolas, cujo número 5 do mesmo diploma estabelece uma norma de exclusão, onde se afirma que **“esta disposição não é aplicável à designação de produtos cuja natureza exata seja claramente dedutível da sua utilização tradicional e/ou se as designações em causa forem claramente utilizadas para descrever uma qualidade característica do produto”** (sic. art.º O) e que, “Sendo a Alpro uma marca que apenas comercializa produtos de origem vegetal, onde se incluem as Bebidas, também elas, naturalmente vegetais, a sua origem é claramente dedutível “da sua utilização tradicional” – tal como resulta evidente da norma, uma vez que o consumidor médio português que consome produtos da Alpro não seleccionará este produto sob a falsa ideia de que afinal se trata dum produto de origem animal.” (sic. art.º P);

- (iv) “O “sabor” é reconhecidamente entendido, em Sistemas de Qualidade, como uma característica especial de um dado produto e, em momento algum, na comunicação de Alpro *This is not Milk*, encontramos uma associação entre o produto vegetal e uma afirmação positiva de Leite (mas sim, e pelo contrário, sempre caracterizando o que “não é” Alpro *This is not Milk*), ou uma referência a Leite, pela positiva, que não seja a característica especial do produto “sabor a Leite.” (sic. art.º R);

- (v) “O que é juridicamente lícito e verdade é que, nos termos e para os efeitos do disposto na Parte III, n.º 5, do Anexo VII, do Regulamento 1308/2013, qualquer restrição às denominações leite ou relacionadas com leite não são aplicadas às bebidas vegetais porquanto a natureza exacta deste produto atendendo às suas características organolépticas é **“(…) claramente dedutível da sua utilização tradicional e/ou se as designações em causa forem claramente utilizadas para descrever**

uma qualidade característica do produto”, in caso sabor a leite e *This is not milk!*” (sic. art.º V) e que, “Não se encontra cumprida qualquer condição, na comunicação elaborada pela Alpro, que afaste a possibilidade de recurso a uma publicidade comparativa” (sic. art.º W) ou “...que permita concluir pela subsunção da situação em apreço ao regime da publicidade enganosa...” (sic. art.º X).

2. Enquadramento ético-legal

2.1. Da denominação “ALPRO THIS IS NOT MILK”

Alega a LACTOGAL, na sua petição, que a designação da bebida vegetal “ALPROTHIS IS NOT MILK” é proibida à luz do REGULAMENTO (UE) n.º 1308/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 17 de dezembro de 2013 que estabelece uma organização comum dos mercados dos produtos agrícolas e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 922/72, (CEE) n.º 234/79, (CE) n.º 103797/2001, (CE) n.º 1234/2007 do Conselho (cfr. art.ºs 30º a 33.º) e que “... o produto “... tem que ser identificado por aquilo que é e não pelo que não é...” (sic. art.º 61), tecendo as partes uma série de argumentos sobre o que consideram ser a interpretação correta dos respetivos artigos 78.º, n.ºs 1 e 2 e PARTE III do ANEXO VII, sob a epígrafe “DEFINIÇÕES, DESIGNAÇÕES E DENOMINAÇÕES DE VENDA DOS PRODUTOS A QUE SE REFERE O ARTIGO 78.º”

No que tange à questão em lide, entende o Júri que a mesma extravasa a sua competência material. De facto, ao JE não compete averiguar e decidir sobre a eventual desconformidade de uma denominação de produto e, ou, de venda¹ (cfr. art.º 38 da contestação e Docs. n.ºs 13 a 14 juntos) com o quadro normativo europeu citado.

¹ Para efeitos do ANEXO VII do Regulamento (UE) n.º 1308/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 17 de dezembro de 2013, entende-se por “denominação de venda” o nome sob o qual o género alimentício é vendido, na aceção do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2000/13/CE ou o nome do alimento na aceção do artigo 17.º do Regulamento (UE) n.º 1169/2011”.

Sem prejuízo do exposto, cumpre-lhe analisar a denominação “**ALPRO-THIS IS NOT MILK**”, à luz do quadro ético-legal em matéria de publicidade, na medida em que de tal, também, aqui se trata:

- (i) porquanto, o nome de produto em apreço possui elementos figurativos, para além de se encontrar associado à expressão “SHHH”. Logo, passa a mensagem de que o facto de a bebida não ser leite constitui um “segredo paradoxal”, ao jeito de facto improvável, mas verdadeiro;
- (ii) consubstanciando, assim, uma prática de publicidade informativa;
- (iii) sendo que o produto é designado pela negativa, ou seja, por “o que não é” (**não é leite**), apresentando-se como ponto legitimador da prática, o facto de se estar em presença de categorias de produtos concorrentes: “bebida vegetais” e “leite”, por consumidas no âmbito dos mesmos hábitos quotidianos, dependentemente, pelo menos, da verificação, ou não, de alergias à proteína do leite e, ou, de eventual intolerância à lactose, bem como de repúdio de géneros alimentícios de origem animal.

2.2. Da alegada confundibilidade da bebida vegetal com um produto lácteo

Escrutinados os suportes publicitários objeto de denúncia (cfr. docs 1 a 10 da petição), entende o Júri que o consumidor médio – entendido de acordo com a aceção amplamente divulgada jurisprudência comunitária² e pelo JE - quando colocado perante as alegações publicitárias naqueles veiculadas, entenderá que o “**ALPRO THIS IS NOT MILK**” **não é um produto lácteo**, por virtude:

² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-220/98, de 13 de janeiro de 2000 (Estée Lauder Cosmetics vs. Lancaster Group).

- (i) da suficiente legibilidade do *disclaimer* “BEBIDA VEGETAL” (aferida em função das características de cada um dos meios em causa);
- (ii) do facto de o mesmo se encontrar integrado em alguns dos próprios *claims* da campanha (cfr. Docs. n.ºs 6 e 7 da queixa);
- (iii) de denominação do produto e *disclaimer* serem suscetíveis de se completarem em termos de significado (sem prejuízo da suficiência do último, para efeitos de não enganosidade), o que torna irrelevante a circunstância de a primeira se encontrar em língua inglesa;
- (iv) de a gota branca usada como elemento figurativo para substituir o “l” da palavra “MILK” ser alusiva ao leite porque, exatamente, substitui o “l” da mesma palavra, estilizando-a (cfr. art.º 60 da queixa). A referida gota não consubstancia, assim, um elemento valorativo da bebida vegetal, por consideração do contexto global em que se insere, o mesmo se afirmando quanto à sua repetição em suporte embalagem;
- (v) de os restantes *claims* visuais denunciados (cfr. 1.3.1.) não serem suscetíveis de lhe criar a convicção de que o **ALPRO-THIS IS NOT MLK** é um produto lácteo, atenta a quantidade e expressividade das alegações que permitem a conclusão de que o produto não é leite, nelas se incluindo a própria denominação.

Tais conclusões não decorrem, no entanto, da análise do Doc. 15 da contestação, que se considera despiciendo. Com efeito, a DANONE junta aos autos somente as conclusões do estudo realizado pela empresa Netsonda, não apresentando a respetiva ficha metodológica. A amostra composta por 163 indivíduos é, claramente, demasiadamente reduzida para representar a totalidade do universo de consumidores a ter em conta. Na realidade, o entendimento do Júri exposto assenta, antes, na ponderação das características de um consumidor médio aferidas nos termos dos artigos 2.º, n.º 2 e 3.º, n.ºs 3 e 5 do Código de Conduta da ARP. Refira-se que, segundo o último, “Quanto ao Consumidor médio, presume-

se que possua um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso, e detenha uma razoável capacidade de observação e prudência”.

Mais, o Júri repudia o entendimento da Requerente feito no sentido da total semelhança entre os presentes autos e o processo Lactogal vs Nutre n.º 2J/2016 do ICAP. Com efeito, como em todas as comunicações comerciais de marca, as alegações publicitárias verbais e, ou, imagéticas em lide possuem contextos diversos, tendo que ser analisadas na sua totalidade, de acordo com o impacto que possuam para o consumidor médio. (Cfr. art.ºs, 41.º, 65.º e 66.º da queixa).

2.2.1. Das alegações nutricionais e de saúde

Considera a LACTOGAL em sede de queixa que: “A atribuição de semelhanças da bebida vegetal ALPRO THIS IS NOT MILK com o leite, ao contrário do que sucede quanto às outras bebidas vegetais de aveia ALPRO, sugere que aquela nova bebida vegetal possui características especiais quanto (à) existência ou inexistência de determinados ingredientes e/ou nutrientes, quando todas as outras bebidas de aveia possuem essas mesmas características (cfr. artigo 7.º, n.º 2, alínea c) do Regulamento n.º 1169/2011).” (sic. art.º. 73).

Contraditando a denúncia da Requerente, refere a Requerida, na sua contestação, que “...a Alpro dispõe de análises laboratoriais (cfr documentos n.ºs 8 a 13 ...) que demonstram que o produto tem a quantidade necessária para ser considerado fonte de cálcio e vitamina D (pelo menos 15% dos valores de referência destes nutrientes)” (sic. art.º 68), acrescentando que, “É falso que o Alpro This is Not Milk seja igual a todas as outras bebidas vegetais do mercado, como parece defender a Lactogal. Aliás, são as próprias listas de ingredientes que a Lactogal citou na Queixa (ver artigo 72) que demonstram que o produto, tanto nas fórmulas Clássica ou Light, são

bebidas de aveia com adição de diversos elementos, entre os quais cálcio e vitamina D e aromas, ao contrário das outras bebidas mencionadas.” (sic. art.º 69).

Em coerência com o exposto no ponto anterior (cfr. **2.2.**) entende o JE que, a existir uma “... atribuição de semelhanças da bebida vegetal ALPRO THIS IS NOT MILK com o leite”, ela não decorre de alegações de existência ou de inexistência de determinados ingredientes e/ou nutrientes nos produtos ALPRO, num invocado contexto de auto-comparação (cfr. art.º 72 da queixa e Doc. 11 junto). Releva, sim, o facto de a LACTOGAL requerer ao Júri que as alegações “**(xiv) “Fonte de cálcio”, (xv) “Fonte de cálcio e Vitamina D”, (xvi) “cálcio é necessário para a manutenção de ossos normais. Uma dieta variada e equilibrada e um estilo de vida saudável contribuem para uma boa saúde...”** sejam consideradas desconformes com o quadro legal aplicável, “...se a DANONE não provar a sua veracidade”. (cfr. pág. 25/30 da queixa).

Analisada a prova carreada para os autos e, concretamente, os Docs. n.ºs 8 a 13 da contestação, ao Júri é dado concluir que o produto possui as quantidades necessárias para ser considerado fonte de cálcio e de vitamina D, ou seja, que o “**ALPRO THIS IS NOT MILK**” tem, pelo menos, 15% dos valores de referência destes nutrientes. Constitui, ainda, posição do JE, a de que a alegação de saúde “**o cálcio é necessário para a manutenção de ossos normais**” consubstancia um facto público e notório. Mais, assiste razão à Requerida quanto ao argumentado a art.ºs 71 e 72 da sua contestação sendo que, na realidade, a menção relativa à dieta variada e equilibrada é obrigatória por lei quando exista uma alegação de saúde (Cfr. artigo 10.º do Regulamento (CE) n. 1924/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Dezembro de 2006 relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos).

2.3. Da alegada prática de publicidade comparativa enganosa

Atentos os *claims* em lide constantes dos suportes televisão, *internet*, *outdoor*, imprensa e folheto (cfr. Docs. n.ºs 3 a 10 da queixa) conclui o Júri que a comunicação comercial em análise constitui uma prática de publicidade comparativa explícita entre as categorias de produtos “bebida vegetal” e “leite”, pelo que tem que se conformar com os requisitos estabelecidos nos artigos 4.º, n.º 1, 5.º e 15.º do Código de Conduta da ARP, bem como no artigo 16.º do Código da Publicidade.

Com efeito, considera-se tais categorias de produtos, passíveis de serem inequivocamente determinadas enquanto tais, por parte do consumidor médio, em conformidade com o disposto nos artigos 15.º, n.º 1 do Código de Conduta da ARP e 16.º, n.º 1 do Código da Publicidade.

De onde, face à denúncia da LACTOGAL, cumprirá averiguar a alegada desconformidade da comunicação comercial em lide com os requisitos a que esta deve obedecer nos termos do quadro normativo aplicável, designadamente, de não enganosidade; de identificação de apenas bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos; de referência objetiva a uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços; de respeito pelo princípio da leal concorrência; de não causar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante ou de um concorrente e de não desacreditação de marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente, bem como de não desacreditação. (Cfr. artigo 15.º, n.º 2, alíneas a), b), c), d) e) e f) do Código de Conduta da ARP).

Analisada a totalidade da campanha publicitária da responsabilidade da DANONE conclui o Júri que, no que tange aos dois últimos requisitos referidos, a mesma não se encontra desconforme com o disposto no artigo 15.º, n.º 2, alíneas e) e f) do Código de Conduta da ARP, na medida em que se entende que a cor branca não constitui “património do leite” (cfr. art.º 58 e II da petição) e que nenhuma das alegações publicitárias colocadas em crise é de molde a desacreditar ou a denegrir a respetiva categoria.

2.3.1. Da satisfação de objetivos idênticos aos do leite por parte do produto

Não obstante não se tratar aqui de uma comparação entre marcas de uma mesma categoria de produtos concorrentes ou de géneros alimentícios semelhantes, constitui entendimento do Júri que, ambos propiciam - em sede do que se poderá apelidar de “**intersecção significativa**” -, a satisfação de **uma quantidade significativa de necessidades iguais** e de **objetivos semelhantes**. Tal, pelo menos, no âmbito do “nicho” de consumidores que, por mera opção ou por motivo de verificação de alergias à respetiva proteína e, ou, de uma eventual intolerância à lactose, tenha como alternativa uma bebida 100% vegetal, ao pretender adotar os hábitos quotidianos inerentes ao leite.

Considera-se, assim, preenchido *in casu*, o requisito ético-legal “**mesmos objetivos**” exigido nos termos da alínea b) do n.º 2, do artigo 15.º do Código de Conduta da ARP (que encontra correspondência na redação da alínea b) do n.º 2 do artigo 16.º do Código da Publicidade), nos termos da qual, “Na Comunicação Comercial comparativa, a comparação deve: (...) identificar apenas bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos”.

Logo, quer por virtude de tal “intersecção significativa” de objetivos iguais verificada em duas categorias de produtos distintos, quer em razão dos próprios normativos referidos e das conclusões a que o Júri chegou, considera-se que, no âmbito desse “nicho” - e na senda da melhor doutrina em matéria de comunicação empresarial - o “**ALPRO THIS IS NOT MILK**” é um produto concorrente do leite, preenchendo os requisitos “mesmos objetivos” e, “não enganabilidade”, as alegações publicitárias: “**ALPRO THIS IS NOT MILK**”; “*gota de cor branca que estiliza o “I” da palavra “MILK*”; “*copo com líquido*”; “*garrafa com líquido*”; “*taça com cereais mergulhados num líquido*”; “*Fonte de cálcio*”; “*Fonte de cálcio e Vitamina D*”; “*O cálcio é necessário para a manutenção de ossos normais*”, bem como os *disclaimers* “*Uma dieta variada e equilibrada e um estilo de vida saudável contribuem para uma boa saúde*” e “**BEBIDA 100% VEGETAL**”.

2.3.2. Das alegações relativas a aparência e sabor a leite enquanto características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas

Os normativos ético-legais em matéria de prática de publicidade comparativa - concretamente, os citados artigos 15.º, n.º 2, alínea c) do Código de Conduta do ICAP e 16.º, n.º 2, alínea c) do Código da Publicidade -, fazem depender a respetiva legitimidade da verificação dos pressupostos de essencialidade, pertinência, comprovação e representatividade dos pontos de comparação selecionados.

Como a própria Requerida admite *ad nauseum* em sede de contestação (cfr. art.ºs 45, 46, 50 a 56, 66 e 70), um desses pontos de comparação entre o “**ALPRO THIS IS NOT MILK**” e o leite é o do sabor a este último, alegação que assume as mais variadas vertentes de comunicação, aliás, suscetíveis de um grande impacto junto do consumidor médio.

Concordando com a Requerente, considera o Júri que um dos pontos de comparação é o do sabor sendo, outro, o da **parecença com o leite em termos de cor** (cfr. art.º 71 da queixa), constatando que a DANONE, em sede de contestação, não concede qualquer tipo de relevância ao aspeto do produto comunicado na campanha publicitária colocada em crise, apesar de a LACTOGAL denunciar que o produto é de cor bege e não, branco. (Cfr. art.ºs 12,15, 39, 60 e IV da queixa).

A propósito das alegações publicitárias referentes ao sabor do “**ALPRO THIS IS NOT MILK**” argumenta a DANONE, em sede de contestação, que “...estas comunicações não são inéditas nem raras; é típico, no mercado, encontrar a menção “leite”, “iogurte”, “queijo”, “manteiga”, “nata”, associadas à expressão “sabor”, quando se pretende informar o consumidor de que determinado produto de determinada característica: cereais com sabor a leite, bolachas com sabor a iogurte, batatas com sabor a queijo, margarinas com sabor a manteiga, gelados com sabor a nata, são inúmeros os exemplos que podem ser encontrados em qualquer supermercado” (sic. 47.º) invocando, ainda, que “Levado ao extremo o argumentário pouco sólido expandido pela Queixosa, resta questionar se estará também a Bailey & Co, reputada sociedade Irlandesa, a confundir o consumidor ao comunicar que uma bebida com um teor alcoólico de 17%, como é o caso de Baileys Original, tem um cheiro a “Creme de Leite Fresco”? É evidente que não!” (sic. art.º U).

Sem prejuízo do exposto a **2.1.**, o Júri percebe a intenção da Requerida em expor tal evidência, quanto à pertinência ou impertinência de aplicação da exceção prevista no artigo 78.º, n.º 5 do Regulamento (UE)1308/2013, no que concerne à utilização da expressão “leite”.

Contudo, não concorda o JE com a limpidez do argumento, quando tentado no que se refere à totalidade da campanha publicitária objeto da questão controvertida, para efeitos de conformação da inerente prática de publicidade comparativa com o quadro ético-legal aplicável (Cfr, art,ºs 45 e 46 da contestação). Isto, por virtude de nenhum dos produtos elencados pela DANONE serem concorrentes e, ou, servirem objetivos idênticos aos que lhes emprestam o sabor ou o cheiro (com a eventual exceção do caso das margarinas com sabor a manteiga, dependentemente da publicidade às mesmas feita) não constituindo, assim, práticas de publicidade comparativa, os exemplos elencados pela Requerida.

Com efeito, e designadamente, o consumidor médio não esperará que uma bolacha lhe substitua o consumo de iogurte e não usará batatas nas sandwiches como sucedâneo do queijo, tal como não as utilizará para gratinar alimentos. De igual modo, o mesmo consumidor não recorrerá a gelado com sabor a nata para fazer molhos ou *chantilly* e não considerará o Baileys Original, com cheiro a “Creme de Leite Fresco”, como sucedâneo deste género alimentício, juntando-lhe, por exemplo, cereais ao pequeno-almoço, por ser “amante” de leite”. (cfr. Docs. nºs 3 a 10 da queixa).

Já o contrário se poderá afirmar, no que tange aos tipos de consumo esperados do “**ALPRO THIS IS NOT MILK**”, enquanto produto sucedâneo ou, dito de outra forma, em razão da interseção significativa de objetivos entre aquele e o leite, tal como se expôs no ponto anterior (cfr. **2.3.**).

De onde, a questão essencial que ora se coloca, é a de ponderar sobre **qual o sabor** que o consumidor médio espera experimentar ao consumir o produto.

Analisada a globalidade da campanha em lide, por referência aos *claims* inerentes a tal questão (somente não constantes do suporte embalagem e,

ou, rotulagem): **“feito de aveia mas com sabor a leite”**; **“isto não é leite mas tem o sabor de sempre”**; **“para os amantes de leite”**; **“Parece leite, sabe a leite, mas é 100% vegetal”**; **“Sabemos que não gostas de abdicar do sabor da tua rotina! Por isso criamos Alpro This Is Not M*lk. Alpro This is not Milk. Tem um delicioso sabor a leite que é preciso beber para crer”**; **“Já ouviste falar de Alpro para milk lovers”**; **“Alpro This is not Milk tem um delicioso sabor a leite que é preciso beber para crer”**; **“PARECE LEITE, SABE A LEITE, MAS NÃO É LEITE”**; **“sabe a leite”**; **“SABOR A LEITE”** (cfr. Docs. 3 a 10 da queixa), assim como ponderadas as características de um consumidor médio já referidas, conclui o Júri que:

- (i) quando impactados por tais alegações, os destinatários da publicidade, em geral, e “os amantes de leite” ou “*milk lovers*”, em particular, esperarão que o produto saiba, **exclusivamente, a leite de vaca**, aquele que representam na sua mente, atento o facto de ser o preponderantemente consumido;

- (ii) aliás, ocorre referir, a título meramente informativo, que na PARTE IV do REGULAMENTO (UE) n.º 1308/2013 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 17 de dezembro de 2013, sob a epígrafe “Leite para consumo humano do código NC 0401 I.” se estabelece em “Definições” que “...entende-se por: a) “Leite”: o produto proveniente da ordenha de uma ou mais vacas”;

- (iii) mais, **“Sabemos que não gostas de abdicar do sabor da tua rotina! Por isso criamos Alpro This Is Not M*lk. Alpro This is not Milk. Tem um delicioso sabor a leite que é preciso beber para crer”** (cfr. Doc. 7 da queixa) é um *claim* que, só por mero absurdo, terá como público-alvo os intolerantes à lactose e, ou, os que, por opção, não consomem produtos láteos. A “rotina do sabor a leite” não lhes pertence: não a podem ou não a querem ter;

- (iv) Pelo que a DANONE, ao escolher como representativo o da comparação efetuada em todos os respetivos suportes (com exceção da embalagem), alarga o seu público-alvo a consumidores de leite de vaca, atento o “sabor a leite”: os “amantes de leite”.

Já quanto ao ponto de comparação com o leite escolhido pela DANONE, concernente ao aspeto do produto - o qual o júri considera decorrer dos *claims* visuais de **objetos com líquido branco** (que não constituam contornos dos mesmos, em que o preenchimento seja o da cor branca dos fundos em papel ou cartão como acontece, designadamente, na embalagem e no *website* institucional) - bem no que diz respeito à alegação publicitária verbal “**Parece leite**”, entende o JE que o consumidor médio esperará que o produto possua tal cor.

Na realidade, colocado perante a totalidade da campanha publicitária da responsabilidade da DANONE, o consumidor médio representará na sua mente que aquela:

- (i) é uma bebida vegetal;
- (ii) não é um produto láteo;
- (iii) é uma fonte de cálcio e de vitamina D;
- (iv) tem a cor do leite (cfr. Docs. n.ºs 3 a 10 da Queixa);
- (v) possui um delicioso sabor a leite de vaca e só este (cfr. Docs. n.ºs 3 a 10 da Queixa);
- (vi) que é preciso beber para crer;
- (vii) pelo que pode ser utilizado nos consumos e rotinas tradicionais do leite;
- (viii) pelos amantes de leite e não só por aqueles que forem intolerantes à lactose e, ou, avessos a consumir produtos de origem animal (cfr. Docs. n.ºs 3 a 10 da Queixa).

De onde, à luz da moldura ético-legal em matéria de publicidade comparativa, os requisitos **essencialidade, pertinência, suscetibilidade de comprovação e representatividade, enquanto características dos pontos de comparação selecionados** e, logo, de veracidade e de respeito pela livre e leal concorrência, decorrerão das alegações publicitárias que integram a campanha publicitária colocada em crise referidas supra (cfr. Docs n.ºs 3 a 10 da queixa), dependentemente da respetiva comprovação por parte da DANONE de que o “**ALPRO THIS IS NOT MILK**” sabe, exclusivamente, a leite de vaca e possui cor branca.

2.3.2.1. Da bondade da prova

Dispõe-se no artigo 4.º, n.º 1 do Código de Conduta da ARP, sob a epígrafe “Princípios Fundamentais”, que “Todas as comunicações comerciais devem ser legais, decentes, honestas e verdadeiras” sendo que, de acordo com o artigo 5.º do mesmo Código, as mesmas devem “...respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável”.

Ora, foi entendido quer pela União Europeia (cfr. Directivas 84/450/CEE e 97/55/CE), quer pelo legislador português, que como norma de instrução em matéria de observância do princípio da veracidade, se devia instituir uma regra de direito probatório (cfr. artigos 10.º, n.º 2, 11.º, n.º 3 e 16.º, n.º 5 do Código da Publicidade), nos termos da qual se presumem inexatos os dados referidos pelo anunciante na falta de apresentação de provas ou na insuficiência das mesmas, no que, aliás, o articulado do artigo 12.º do Código de Conduta da ARP se encontra em consonância, **pelo que impende sobre a DANONE, o ónus da prova das alegações publicitárias em lide.**

Com efeito, nos termos do referido artigo 12.º, “As descrições, alegações ou ilustrações relativas a factos verificáveis de uma comunicação comercial, devem ser suscetíveis de comprovação” (n.º 1) e “Esta comprovação deve estar disponível de maneira que a prova possa ser prontamente apresentada por mera solicitação da ARP” (n.º 2). Aliás, tal desiderato resulta claramente da queixa da LACTOGAL. Na realidade, encontra-se afirmado a art.º 71 que, “As alegações *“parece leite e sabe a leite”* e *“sabor a leite”*, não são verdadeiras – a cor, os ingredientes e o sabor são distintos e não são semelhantes, nem confundíveis - sendo, como tal enganosa, suscetível de induzir em erro o consumidor médio. De qualquer forma, sempre competiria à DANONE provar tais semelhanças, como provar que a bebida vegetal se destina também aos “milk lovers”, aos amantes do leite, pois substitui-se a este. Não é verdade!”

Analisados os Documentos juntos à contestação e, concretamente, os de n.ºs 1 a 7, conclui o Júri que o teor dos mesmos não constitui prova bastante de que o **“ALPRO THIS IS NOT MILK”** possui cor branca e tem sabor a leite de vaca.

De onde, entende o JE que os *claims* verbais **“feito de aveia mas com sabor a leite”**; **“isto não é leite mas tem o sabor de sempre”**; **“para os amantes de leite”**; **“Parece leite, sabe a leite, mas é 100% vegetal”**; **“Sabemos que não gostas de abdicar do sabor da tua rotina! Por isso criamos Alpro This Is Not M*lk.”**; **“Já ouviste falar de Alpro para milk lovers”**; **“Alpro This is not Milk tem um delicioso sabor a leite que é preciso beber para crer”**; **“PARECE LEITE, SABE A LEITE, MAS NÃO É LEITE”**; **“sabe a leite”**; **“SABOR A LEITE”**, bem como os imagéticos constituídos por **objetos com líquido branco** (que não constituam contornos dos mesmos e em que o preenchimento seja o da cor branca dos fundos em papel ou cartão como acontece, designadamente, na embalagem e no *website* institucional), se encontram desconformes com o quadro ético-legal

em matéria de publicidade comparativa e de princípios da veracidade e da leal concorrência, por não comprovados por parte da DANONE.

3. Decisão

Termos em que, a Segunda Secção do Júri de Ética da ARP delibera no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da DANONE, em apreciação no presente processo - veiculada nos suportes televisão, *internet*, *outdoor*, imprensa e folheto - se encontra desconforme com o disposto nos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, 5.º, 9.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), 12.º e 15.º, n.º 2., alíneas a), c) e d) do Código de Conduta da ARP, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser repostada - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE.

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