

EXTRACTO DE ACTA

Reunida no décimo quarto dia do mês de Junho do ano de dois mil e vinte e quatro, a Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária apreciou o processo nº 6J/2024, tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 6J/2024

1. Objeto dos Autos

A **UNILEVER FIMA, LDA.** (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por UNILEVER, ULF ou Requerente) veio, junto do Júri de Ética da ARP (adiante indiscriminada e abreviadamente designado por Júri ou JE), apresentar queixa contra **HENKEL IBÉRICA PORTUGAL, UNIPESSOAL LDA.** (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por HENKEL ou Requerida), relativamente a embalagem do detergente líquido para máquina de lavar roupa X-TRA comercializado pela última, tal, por alegada violação do quadro ético-legal em matéria de princípio da veracidade, de concorrência desleal e de exploração da reputação.

1.1. Notificada para o efeito, a HENKEL apresentou a sua contestação.

Dão-se por reproduzidos a queixa e os seus três anexos, bem como a contestação a que Requerida juntou três documentos.

1.2. Dos factos

Através da análise da globalidade do articulado da petição e dos documentos juntos ao processo com a mesma, conclui o JE que **a denúncia da UNILEVER tem por objeto a comercialização por parte da HENKEL do detergente**

líquido para máquina de lavar roupa X-TRA (cfr. art.º 4 da petição), sendo colocada em crise a conceção da respetiva embalagem por alegada identidade com o também detergente líquido para máquina de lavar roupa SKIP - seu concorrente direto - concretamente, no que diz respeito aos respetivos código de cores e *lettering*. (Cfr. art.ºs 2, 11, 13, 14, 15, 19 e 47 da queixa e ANEXO 3 junto).

1.3. Das alegações das Partes

1.3.1. Em síntese sustenta a UNILEVER, em sede de petição, que:

- (i) “...comercializa a marca SKIP em Portugal continuamente desde 1966” (sic. art.º 3), sendo que a “...HENKEL iniciou a comercialização da marca X-TRA em Portugal posteriormente a essa data” (sic. art.º 4) e “...com o produto X-TRA, terminou 2023 com uma quota de mercado de 3,5%...” (sic. art.º 6), acrescentando que “...no mesmo período, a ULF, com o SKIP, dispôs de uma quota de mercado de 32,2%, sendo, portanto, o primeiro *player* do mercado...” (sic. art.º 7);

- (ii) “A HENKEL alterou recentemente a embalagem de X-TRA (...) apresentando esta atualmente traços extremamente semelhantes aos da embalagem do detergente da marca SKIP, em particular (mas não só), pelo tom de azul idêntico ao utilizado na embalagem de detergente marca SKIP, cujos produtos sempre se distinguiram por esta tonalidade” (sic. art.º 11), que “...as embalagens de SKIP encontram-se no mercado com anterioridade, uma vez que desde o ano 2018 são comercializadas com esta tonalidade, estes traços e este *lettering* (tipo de letra e cor)” (sic. art.º 13) e que, “Uma vez que SKIP é a marca com maior quota de mercado e com maior notoriedade em Portugal, os consumidores estão muito familiarizados com as suas embalagens, os seus traços, a cor e o *lettering*. Um dos traços que mais distingue a marca SKIP é precisamente o tom de azul das suas embalagens.” (sic. art.º 15);

- (iii) “As embalagens de um determinado produto constituem indubitavelmente: (i) Comunicação Comercial, para efeitos do Código de Conduta; e (ii) Publicidade,

para efeitos do Código da Publicidade” (sic. art.º 16) que, “no presente caso, a HENKEL, através das novas embalagens do seu produto X-TRA, imita a comunicação comercial da ULF, empregue nas embalagens do produto SKIP” (sic. art.º 21) e que, “...tal imitação é suscetível de induzir em erro o consumidor, ou confundi-lo, sobre o produto em questão” (sic. art.º 23), acrescentando, ainda, que a “...imitação das embalagens da marca SKIP pela HENKEL gera confundibilidade entre os dois produtos” (sic. art.º 24) e que, “Perante a embalagem do detergente X-TRA da HENKEL, o consumidor médio, razoavelmente informado, mas não particularmente atento às especificidades próprias das marcas, é suscetível de confundir o produto da HENKEL com o detergente SKIP, em especial agora que a cor das embalagens é idêntica.” (sic. art.º 26);

- (iv) “Indubitavelmente, neste caso estamos perante um acto de concorrência, já que se trata de publicidade (ou uma comunicação comercial), que tem por objectivo atrair clientela em detrimento dos demais concorrentes (...) na medida em que cada consumidor apenas necessita de um detergente líquido para máquina de lavar roupa e não vários, a atração de clientela neste sector por parte de um concorrente, mediante comunicação comercial (ou publicidade) ou de outra forma, é necessariamente um acto de concorrência” (sic. art.º 39), que, “Estamos também perante um acto de imitação, exploração da reputação da ULF e publicidade enganosa, como acabamos de demonstrar, e, conseqüentemente, estamos perante um acto contrário às normas e usos honestos de um ramo de actividade económica” (sic. art.º 40) e que, “...perante *“actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes”* (sic. art.º 41), acrescentando que, “...os atos descritos são identificáveis com concorrência parasitária, na medida em que se trata de um aproveitamento da atividade desenvolvida por um concorrente, contrário aos usos honestos da atividade económica, e devido ao carácter contínuo, servil e sistemático das imitações. Nas palavras de Adelaide Menezes Leitão, trata-se de um *“aproveitamento do esforço intelectual ou económico alheio, ainda que não haja risco de confusão, porque, através da imitação servil se poupa os custos de concepção e apresentação do produto ou através da utilização da marca notória se poupam gastos publicitários.”* (sic. art.º 42).

1.3.2. Contraindicando a denúncia da UNILEVER, vem a HENKEL defender na sua contestação, e em resumo, que:

- (i) "...a ULF pretende manter a margem de vantagem que tem sobre os seus concorrentes diretos à custa de manobras concorrenciais injustificadas e mesmo abusivas, tentando, por via da presente queixa e louvando-se justamente na posição privilegiada que já tem no mercado, assenhorear-se daquilo a que manifestamente não tem direito" (sic. art.º 5.º), que "Na realidade, a ULF não tem qualquer direito sobre a cor azul, para as embalagens de detergentes líquidos para máquina de lavar roupa, nem tem qualquer direito sobre as características que erradamente identifica como distintivas da embalagem de 'Skip'" (sic. art.º 9.º) e que, "...a adoção da cor azul, nas embalagens de detergentes para a roupa, está generalizada... (sic. art.º 21.º "(...) para além do 'X-TRA' e do 'Skip', também os detergentes 'SK', 'Yes', 'Cex', 'Sun' e 'Class' recorrem a embalagens de plástico azul" (sic. art.º 22.º) (bem como) "...não se sabe (nem a ULF alguma vez o alegou) se o 'Skip' foi o primeiro detergente líquido para máquina de lavar roupa a recorrer a embalagens azuis ou se alguma destas marcas o fez antes, caso em que, na distorcida lógica da ULF, esta seria imitadora e não imitada." (sic. 23.º);

- (ii) "...não é exato que as embalagens de 'Skip' revelem "traços" especialmente característicos" (sic. art.º 29.º), que "Característico e identificativo é, isso sim, o próprio nome (marca) do produto: 'Skip'" (sic. art.º 30.º) acrescentando que, "Especificamente quanto ao *lettering*, só é exato que as letras utilizadas para escrever o nome do produto são encarnadas, tanto no caso de 'X-TRA' como no de 'Skip'" (sic. art.º 31.º) e que, "...essa cor não é identificativa de detergente algum, já que são abundantes os casos de detergentes, sejam eles líquidos para máquina de lavar roupa ou para outro fim, em que as letras são encarnadas" (sic. art.º 32.º) "A homogeneidade da apresentação de 'X-TRA' revela, pois, desde logo, a falsidade da alegação da ULF no artigo 11.º da queixa, segundo a qual a Henkel teria alterado recentemente a embalagem (aqui, no sentido de apresentação geral) de 'X-TRA', no sentido de torná-la "extremamente semelhante" à embalagem de 'Skip', pois a única coisa que a Henkel alterou, em 2023, foi a cor do recipiente." (sic. art.º 39.º);

- (iii) "...pegando na terminologia do acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que a ULF cita no artigo 32.º da sua queixa: se 'X-TRA' tem, efetivamente, um *trade dress* que o distingue pela sua constância e harmonia ao longo do tempo, que tal como os fatos clássicos só sofre modernizações pontuais, já 'Skip', qual *fashion victim* desnorreada, atavia-se ao gosto do momento. Não tem *trade dress* algum" (sic. art.º 50.º), que "...é bem sabido que certas categorias de produto dispõem de códigos de cor próprios" (sic. art.º 51.º) "(...) a partir do momento em que o código de cor está interiorizado, o mesmo passa a distinguir uma categoria de produto e não uma certa marca específica de produto" (sic. art.º 61.º), acrescentando que, "...se uma empresa imitou outra quanto às cores foi a ULF relativamente à Henkel e não o contrário, pois as cores utilizadas no 'X-TRA' são as mesmas desde 2013" (sic. art.º 68.º) e que, "Em suma, não há confundibilidade e, portanto, não há imitação, na aceção do artigo 20.º do CC." (sic. art.º 84.º) "Pela mesma razão, não se verifica nem publicidade enganosa, na aceção do artigo 11.º do Código da Publicidade (v. o artigo 33.º da queixa), nem ação enganosa, na aceção do artigo 7.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de março, na redação em vigor..." (sic. art.º 85.º);

- (iv) "Como se extrai por exemplo da deliberação do Júri de Ética no processo n.º 1J/2018, a exploração da reputação pressupõe confundibilidade (entre marcas, produtos, etc.)" (sic. art.º 91.º) "Ora, *in casu* não há, como se viu já no capítulo antecedente, qualquer confundibilidade, pelo que tampouco pode existir o tal "encosto" que, na deturpada opinião da ULF, consubstanciaria a exploração da reputação "(sic. art.º 92.º), acrescentando que "Certo é que a Henkel é uma reputadíssima multinacional alemã, cujo *good standing* é absolutamente inquestionável e que, portanto, nenhum interesse tem em confundir-se com outros" (sic. art.º 95.º) e que "...em nenhum sentido admissível, aquilo que para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (...) constitui o elemento decisivo para que se possa falar de "concorrência parasitária", que é o "[...] caráter contínuo, servil, e sistemático da imitação da atividade empresarial alheia" (sic. art.º 112.º) (...) Sendo, de resto, que segundo o mesmo insigne autor, "[a] imitação de um elemento singular sobre o qual não recaia direito privativo cai no princípio da liberdade. Só um aproveitamento global pode ser qualificado como concorrência parasitária" (art.º 113.º) concluindo que "...a ULF não tem quaisquer direitos

privativos que possa contrapor à Henkel” (sic. art.º 114.º) e que “Não tem, pois, a mais pálida sombra de fundamento a alegação da prática, pela Henkel, de concorrência desleal (sob a forma de “concorrência parasitária” ou sob outra forma qualquer.” (sic. art.º 115.º).

2. Enquadramento ético-legal

Alega a UNILEVER, em sede de petição, que “A HENKEL alterou recentemente a embalagem de X-TRA (...), apresentando esta atualmente traços extremamente semelhantes aos da embalagem do detergente da marca SKIP, em particular (mas não só), pelo tom de azul idêntico ao utilizado na embalagem de detergente marca SKIP, cujos produtos sempre se distinguiram por esta tonalidade” (sic. art.º 11), juntando aos autos fotografias das embalagens dos dois produtos concorrentes (cfr. ANEXO 3) e referindo, ainda, que as “...as embalagens de SKIP encontram-se no mercado com anterioridade, uma vez que desde o ano 2018 são comercializadas com esta tonalidade, estes traços e este *lettering* (tipo de letra e cor)” (sic. art.º 13), bem como que “...Um dos traços que mais distingue a marca SKIP é precisamente o tom de azul das suas embalagens.” (sic. art.º 15).

Defende ainda a Requerente que “As embalagens de um determinado produto constituem indubitavelmente: (i) Comunicação Comercial, para efeitos do Código de Conduta; e (ii) Publicidade, para efeitos do Código da Publicidade.” (sic. art.º 16 da queixa).

Não concorda o Júri com tal indubitabilidade.

O que é suscetível de consubstanciar uma comunicação comercial em suporte embalagem é a presença de alegações publicitárias. Não a embalagem em si e, não, certamente, o mero ato da sua comercialização através de um determinado *dress code*, ao contrário do que quer fazer crer a UNILEVER, nomeadamente, de art.ºs 11 a 16, 47 e secção II da sua queixa.

A mera utilização de códigos de cores e de *lettering* em embalagens de produtos comercializados (cfr. ANEXO 3 da petição) não constitui, *per se*, a divulgação de alegações publicitárias e, logo, uma comunicação comercial, vulgo publicidade.

Na realidade, pelo menos desde 2006 - e em consonância com o artigo 2.º, alínea b) e 3, n.º 1, do Código de Conduta da ARP em matéria de publicidade e outras formas de comunicação comercial - tem constituído vasta jurisprudência do JE a de considerar que as referidas alegações, podendo ser verbais e, ou, visuais, têm que encerrar juízos de valor publicitários. A título de mero exemplo, e sem excluir, vejam-se as decisões dos processos 39J/2006, 12J/2016, 6J/2017, 7J/2017, 2J/2018, 2J/2019 e 6J/2022.

Em conformidade, a prática que a Requerente vem denunciar - e que a Henkel contradita - não cabe no conceito ético-legal de comunicação comercial.

Com efeito, no entender do Júri, a UNILEVER estabelece a confusão entre os conceitos de comercialização e de comunicação comercial ao considerar que o primeiro se subsume no disposto nos artigos 2.º, alínea b) do Código de Conduta da ARP (o qual, aliás, se chama “Código de Conduta da Auto-Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e Outras Formas de Comunicação Comercial”), bem como na moldura do artigo 3.º do Código da Publicidade. Mesmo considerando que o conceito de publicidade dado por esta última norma poderá considerar-se como o mais lato de toda a legislação em matéria de publicidade na Europa Comunitária, “esticá-lo” ao ponto de nele fazer caber a prática de uma alegada imitação de código de cores e de *lettering* de embalagens originária, pelo menos, uma indesejável e perigosa imiscuidade no Direito da Propriedade Intelectual, por ausência de prática publicitária associada que o justificasse.

Aliás, quer o JE ainda vincar que, mesmo no âmbito da auto-regulação publicitária, o Código de Conduta da ARP nem sequer se aplica a toda e qualquer forma de comunicação comercial, como se conclui da redação do parágrafo 3.º do respetivo Preâmbulo, nos termos da qual embora aquele não se cinja “...à Publicidade em sentido estrito: trata da Comunicação Comercial, numa larga acepção do termo, incluindo as principais linhas de actuação da auto-regulação no espaço digital, tanto a nível do conteúdo da comunicação como a nível da Publicidade Comportamental Online (...) não se estende indiscriminadamente a toda e qualquer forma de Comunicação Comercial da empresa”.

Termos em que, não assiste razão à Requerente quanto ao argumento de que “...no presente caso, a HENKEL, através das novas embalagens do seu produto X-TRA, **imita a comunicação comercial da ULF**, empregue nas embalagens do produto SKIP” (sic art.º 21 da queixa, negrito e sublinhado do Júri), quando o que é colocada em crise é alegada imitação da embalagem do produto da UNILEVER, seu concorrente, o que não compete ao JE apreciar. Aliás, militando neste sentido, defende a Requerente que “**A nova embalagem X-TRA é de tal forma semelhante à embalagem de SKIP** que gera um risco de confundibilidade, ou, pelo menos, um risco de associação entre os dois produtos...” (sic. art.º 47, negrito e sublinhado do JE).

De facto, a Requerente não denuncia quaisquer alegações publicitárias, mas, sim, um alegado ato de imitação próprio do âmbito da Propriedade Industrial e, nomeadamente, do instituto da concorrência desleal. Como decerto sabe a UNILEVER, é esta, aliás, a matéria do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, com data de 12 de fevereiro de 2008, a que alude a art.º 32 da queixa.

Ora, extravasa a esfera de atuação da própria ARP, qualquer atividade que se inclua no âmbito da Propriedade Industrial - como sejam cores de embalagens e *lettering* de produtos comercializados - não cumprindo, deste modo, ao JE, deter-se sobre a análise da proteção específica dos respetivos *goodwill* e *trade dress*

e, ou, de eventuais direitos privativos, assim como de qualquer outra questão relevante em sede de instituto da concorrência desleal não associada a uma prática publicitária.

Não se subsumindo o objeto dos autos no conceito ético legal de comunicação comercial, vulgo publicidade, ou formas afins, conclui o Júri não possuir competência material para o apreciar e sobre o respetivo mérito decidir.

Tal, de acordo com os artigos 4.º dos Estatutos da ARP, 7.º, n.º 1 e 30.º do Regulamento do JE, bem como com os artigos 1, n.º 1, 2 alínea b) e 3, n.º 1 do Código de Conduta da ARP em matéria de publicidade e outras formas de comunicação comercial.

3. Decisão

Termos em que a Segunda Secção do Júri de Ética da ARP delibera julgar improcedente a queixa apresentada pela UNILEVER.».

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