

EXTRACTO DE ACTA

Reunida no trigésimo dia do mês de Janeiro do ano de dois mil e vinte, a Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, apreciou o processo nº 2J/2020 tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 2J/2020

1. Objeto dos Autos

A) Da Queixa

Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda., adiante designada por Requerente, veio apresentar queixa junto do Júri de Ética (JE) Publicitária da ARP – **ASSOCIAÇÃO DA AUTO-REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA** contra:

Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A., e **Bayer Portugal, Lda.**, adiante designadas por Requeridas, ou 1ª e 2ª Requeridas, respetivamente, relativamente à campanha publicitária anunciando o produto cosmético (“dermacosmético como no mercado em causa se designa”) **Bepanthen Baby comercializado pela Bayer**, em que é feita a alegação de que *“Bepanthen Baby é um produto recomendado com a chancela das “Farmácias Portuguesas”, com referência a recomendação dos “maiores especialistas”* e que, Bepanthen Baby não contém óxido de zinco porque não quer *“que faça mal a essa pele tão suave e perfeita” do bebé do Spot de TV e esta “componente comum deste tipo de cremes, pode não ser a melhor opção para a pele do bebé” (entre outras características negativas apontadas no site De Mãe para Mãe), pelo que “o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda”.*

Entende a Requerente que a campanha publicitária das Requeridas “*é ilícita porque transmite uma mensagem enganosa, viola os princípios da sã e leal concorrência e denigra os produtos da Medinfar, configurando concorrência desleal, bem como a violação de outros preceitos legais*”, como o princípio da veracidade, por força do disposto no art.º 9º do Código de Conduta e do art.º 10º do Código da Publicidade, o art.º 16º do Código de Conduta que proíbe a denegrição e o art.º 311º do Código da Propriedade Industrial, por concorrência desleal proibida.

Identifica a Requerente os suportes onde a campanha é veiculada, especificando aqueles em que a Farminveste IPG participa como anunciante com a Bayer, do seguinte modo:

“A. Spot de rádio, detectado a 9 de Janeiro de 2020, que se envia em formato digital por CD-Rom anexo para a ARP e aqui se dá por integralmente reproduzido – Doc. 2

B. MUPIs, tendo sido detectado a 9 de Janeiro de 2020 na Avenida da Liberdade, em Lisboa, em equipamento da Cemark, cuja fotografia desse exemplo se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida – Doc. 3

C. Folheto B&M 2020 do Programa Farmácias Portuguesas, acessível e disponível em https://www.farmaciasportuguesas.pt/pub/sauda/Campanhas/FolhetoB&M_2020.pdf – vide pág. 11 – cuja impressão da página 11 (relevante) se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida – Doc. 4”

E aqueles que serão apenas da Bayer:

“D. Spot TV – na mesma linha editorial, e com o mesmo actor, da comunicação do folheto acima junto como Doc. 4 –, difundido desde 6 de Janeiro de 2020 nos canais generalistas SIC e TVI, que se envia em formato digital por CD-Rom anexo para a ARP e aqui se dá por integralmente reproduzido – Doc. 5.

E. Conteúdo editorial pago, detectado a 9 de Janeiro de 2020, no site *De Mãe para Mãe*, detido e gerido sob responsabilidade da O Nosso Casamento, Lda., disponível em <https://demaeparamae.pt/artigos/dermatite-fralda-como-escolher-bom-creme> cuja impressão se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida – Doc. 6”.

Sobre a participação da **FARMINVESTE** na campanha refere a Requerente, que a mesma “é uma empresa do universo em que se insere a **Associação Nacional das Farmácias**, sendo uma subsidiária desta, conforme se pode verificar na informação institucional, publicamente disponível, constante do site <http://www.farminveste3.pt/pt/a-empresa.html>,”(...) e que “(...)gere a insígnia “Farmácias Portuguesas” e a insígnia “Saúda” e o “Programa Farmácias Portuguesas” – melhor descrito em <https://www.farmaciasportuguesas.pt/>,”.

Considera a Requerente que quer o Spot de Rádio, quer o MUPI transmitem a mensagem que “as “Farmácias Portuguesas” recomendam o produto *Bepanthen Baby*” (...), como “pomada para a muda da fralda”. “A narrativa da personificação do bebé como “especialista” deverá, salvo melhor opinião, ser entendida como uma ficção publicitária que mais não pretende do que transmitir que o produto em causa é a escolha acertada como “pomada para a muda da fralda”, o que é validado pelas “Farmácias Portuguesas”.”.

A Requerente comercializa os produtos da “marca **Halibut**, nomeadamente os produtos:

- *Halibut Muda Fraldas Creme Protetor*
- *Halibut Muda Fraldas Linimento*
- *Halibut Muda Fraldas Pomada Reparadora*
- *Halibut Derma Plus*
- *Halibut Pomada*

cuja artworks, com excepção do Linimento por não ter o ingrediente relevante para a presente queixa, se juntam e aqui se dão por integralmente reproduzidas – Doc. 7”

A Requerente, alega, ainda que de acordo com os dados de mercado de 2019, fornecidos pela hmR Portugal, que “no “Mercado de Prevenção da assadura da fralda”, Halibut Muda Fraldas Creme Protetor tem 48% de quota de mercado em unidades vendidas e 50% em valor, sendo que Bepanthen Baby tem 12% em unidades e 11% em valor, i.e. **Halibut Muda Fraldas Creme Protetor é líder de mercado.**

“Pelo que a haver algum produto que pode afirmar ser “recomendado” pelos bebés, seria Halibut Muda Fraldas Creme Protetor e nunca Bepanthen Baby.” Não obstante a Requerente entende que a recomendação não é dos bebés, mas das “Farmácias Portuguesas “ e, nestas, os seus “especialistas” considerando a mensagem enganosa “no sentido de que transmite para os consumidores uma ideia, falsa, de que Bepanthen Baby é a marca preferida do mercado”.

Acrescentando que o consumidor não terá a perceção de que, “Farmácias Portuguesas” não é o mesmo que o universo de todas as farmácias de Portugal, “razão pela qual se deve entender que a publicidade em causa veicula a mensagem de que as farmácias portuguesas – todas no geral – recomendam Bepanthen Baby”.

E entende ainda ser relevante para a queixa que “no mercado dos **medicamentos**, incluídos no segmento identificado no documento como “Mercado Cicatrização”, o produto Bepanthen medicamento tem 50% de quota de mercado em unidades e 41% em valor, sendo que o produto Halibut Pomada regista uma quota de mercado de 18% em unidades e 17% em valor, i.e. **Bepanthen medicamento é líder de mercado.**”, e que a campanha em análise se aproveita da marca “chapéu” Bepanthen utilizada

em medicamento, para promover um cosmético, “contornando a proibição de recomendação de medicamentos por parte de profissionais de saúde.”.

No que concerne alegação “de que o ingrediente óxido de zinco pode fazer mal à pele suave dos bebés - (“que faça mal a essa pele tão suave e perfeita”) - é uma vantagem um produto ser “Sem óxido de zinco”, qualificando-o como “ingredientes desnecessários” e, portanto “o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como [Bepanthen Baby®](#) Pomada para a Muda da Fralda”, afirma a Requerente tratar-se de uma mensagem falsa.

“O óxido de zinco é um ingrediente permitido em produtos cosméticos e é recomendado em inúmeros artigos científicos, bem como por algumas Sociedades Médicas, como é o caso do Grupo Português de Dermatologia Pediátrica, da Sociedade Portuguesa de Dermatologia e Venereologia.”

Concluindo que, “não existem estudos comparativos dos quais resulte que se deve utilizar outro produto em detrimento do óxido de zinco. O óxido de zinco é referido como opção válida em inúmeros artigos científicos.”

E “Afirmar que o Bepanthen Baby não tem “ingredientes desnecessários” é o mesmo que dizer que os produtos concorrentes os têm.” O que viola “o Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão de 10 de Julho de 2013, que estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos, dispõe, no ponto 1 do art.º 5º do seu anexo, sob a epígrafe “Imparcialidade”, que “As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.”” Como é o caso dos produtos da Requerente supra identificados que contêm óxido de zinco.

Requerendo que seja declarada a ilicitude da publicidade em causa e ordenada a cessação imediata e definitiva da mesma.

Notificadas para o efeito, as Requeridas apresentaram as respetivas contestações dentro do prazo previsto no n.º 1 do art.º 10.º do Regulamento do JE da ARP.

B) Das Contestações

I. Vem a Requerida FARMINVESTE, SA (1ª Requerida), desde logo e no que aos suportes publicitários em que teve participação diz respeito - spot de rádio, cartazes afixados em MUPI's, e folheto Bebé e Mamã disponível nas farmácias de oficina e no site das Farmácias Portuguesas – requerer a inutilidade superveniente da lide, alegando para o efeito que, à data em que este JE se pronunciar a campanha nos três suportes já estará concluída, esclarecendo que o *“Spot de rádio, o mesmo foi composto por 136 inserções, numa média de 9 inserções por dia, Tendo o mesmo sido difundido de 6 de janeiro de 2020 até ao dia 19 de janeiro seguinte.”* e, *“No que se refere aos cartazes afixados em MUPI's, a divulgação da campanha neste suporte ocorreu de 8 de janeiro de 2020 a 14 de janeiro seguinte”*. No que diz respeito ao Folheto Bebé e Mamã 2020 informa que a campanha *“se encontra nos últimos dias de duração”*.

E que *“tal circunstância configura uma situação clara de preclusão das competências decisórias deste organismo em face da evidente ausência (superveniente) de objeto da queixa.”*

Alegando que *“o próprio Júri de Ética, em várias das suas deliberações, veio reconhecer que a circunstância de uma campanha já não estar no ar no momento em que sobre ela se deveria pronunciar configura uma situação de inutilidade superveniente da lide”*.

Sem prejuízo, a Requerida, por mera cautela de patrocínio, refuta as acusações da Requerente, começando por retratar o objeto da sua atividade – desenvolvimento do negócio das farmácias -, no âmbito da qual *“através do programa Farmácias Portuguesas, desenvolve campanhas promocionais, de duração limitada, nos termos da qual são convidadas a participar várias marcas.”*

Neste enquadramento a 1ª Requerida lançou *“uma campanha no âmbito do Programa Farmácias Portuguesas relativa a produtos de cuidado bebé / mamã para vigorar de 1 a 31 de janeiro de 2020.”*

A 1ª Requerida contactou diversas empresas *“da indústria farmacêutica e dermocosmética que comercializam produtos destas categorias para participação na campanha, mediante promoção dos seus produtos, nas quais se incluiu a Queixosa” (...)* *“A (...) Queixosa participa ativamente nas campanhas promovidas pela Farminveste no âmbito do programa Farmácias Portuguesas, em especial na campanha aqui em análise”.*

No que toca à campanha publicitária ao produto Bepanthen Baby a Requerida Farminveste apenas se pronuncia relativamente aos *claims* difundidos através dos suportes Rádio, Mupis e Folheto Bébé e Mamã, uma vez que a Requerente a exclui das mensagens publicitárias veiculadas pelos restantes suportes.

Assim, a 1ª Requerida considera que *“nada impede o Programa Farmácias Portuguesas de dar maior visibilidade numa determinada campanha a um determinado produto, ainda que não seja o mais vendido.”*, e que *“a visibilidade devida a cada um dos produtos que integram a campanha, como é o caso do Bepanthen Baby e do Halibut Muda Fraldas, consoante o pacote publicitário acordado entre o titular do registo e a Farminveste”.*

Refere, ainda, que “a “recomendação” a que se referem os suportes publicitários em análise está naturalmente relacionada com a indicação do produto para determinado tipo de situação ou sintoma, e não com qualquer ideia de comprovação científica de eficácia superior à dos restantes concorrentes”, e que se trata “de uma “recomendação” em termos publicitários / promocionais”.

Considerando que “Cientificamente, o Bepanthen Baby é uma fórmula dermocosmética apropriada a tratar e prevenir a assadura da fralda no bebé, tal como o é o Halibut Muda Fraldas, e outras marcas concorrentes disponíveis no mercado (...)” e “quer o Bepanthen Baby, quer o Halibut Muda Fraldas, quer outros produtos concorrentes disponíveis no mercado, são indicados para prevenção e tratamento da assadura da fralda no bebé visto que a sua composição é apta a esse fim.”, pelo que “O termo “recomenda” é, assim, utilizado no spot de rádio e nos MUPI’s em termos de adequação do produto à situação a prevenir ou tratar, e não no sentido de melhor alternativa disponível no mercado ou produto mais vendido.”

No que concerne à “recomendação” contida no spot rádio a 1ª Requerida considera que a lógica inferida pela Queixosa deve ser invertida uma vez que “é o bebé que faz publicidade aos serviços das Farmácias Portuguesas, seguido de uma recomendação ao Bepanthen Baby, e não as Farmácias Portuguesas que publicitam diretamente o Bepanthen Baby.”, resultando claro para um recetor médio que “a mensagem é veiculada pelo bebé, e não pelas Farmácias Portuguesas”.

Pelo que entende a 1ª Requerida que “a campanha não visa, assim, veicular a mensagem de que esta é a marca preferida do mercado, mas apenas que é recomendada para o fim a que se destina – prevenir e tratar a assadura da fralda – o que é inteiramente verdade.” e “não pode qualificar-se como

enganosa, pois não induz o público em erro quanto a nenhum dos aspetos referidos no artigo 7.º do Código da Publicidade.”

A 1ª Requerida refuta a afirmação da Requerente de que os consumidores associam as Farmácias Portuguesas a todas as farmácias existentes em Portugal e que *“consequentemente, o consumidor apreende a mensagem como sendo uma recomendação da generalidade das farmácias de Portugal”*, considerando *“abusiva a ideia de que existe uma confusão entre o Programa Farmácias Portuguesas e a generalidade das farmácias de oficina existentes em Portugal.”*, e *“descabido querer passar a ideia de que a campanha e os anúncios aqui em causa pode ser de alguma forma ser entendida como uma campanha feita pelos farmacêuticos que exercem a sua actividade nas farmácias de oficina existentes no território nacional.”*

Afastando qualquer aplicação do Estatuto do Medicamento por se tratar de um produto de dermocosmética referindo que *“É expressamente indicado no suporte publicitário constante do Doc. 4 que o Bepanthen Baby é um produto dermocosmético, pelo que o consumidor não pode, de modo algum, apreender esta publicidade como se referindo a um medicamento”*.

Concluindo que *“a campanha em análise não se subsume a nenhuma das situações previstas no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, visto não se verificar a divulgação de informações falsas e/ou que sejam suscetíveis de induzir o consumidor em erro ou que conduzissem o consumidor a tomar uma decisão que de outro modo não tomaria.”* e *“não configura qualquer prática desleal ou antiética, devendo como tal ser considerada improcedente a queixa apresentada pela Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda.”*, requerendo a extinção do procedimento por inutilidade superveniente da lide ou a improcedência dos fundamentos invocados pela Requerente.

II. No que concerne à Requerida BAYER (2ª Requerida) inicia a mesma a sua Contestação caracterizando o objeto da queixa da Requerente sobre “a *“Campanha” lançada pela Bayer Portugal, em parceria com uma empresa detida pela Associação Nacional das Farmácias, relativamente ao produto dermocosmético BEPANTHEN BABY®, **que é um creme para muda de fralda**”, alegando que “ A queixosa identifica como “Campanha” o spot de rádio, os MUPIs, o conteúdo editorial pago no site “De Mãe para Mãe” e o Folheto B&M do Programa Farmácias Portuguesas.*

Reconhece a 2ª Requerida que a Requerente comercializa, entre outros produtos, “o *HALIBUT MUDA FRALDAS CREME PROTETOR, que também é um creme para muda de fralda.*”, e reconhece que, entre outros produtos, comercializa, o BEPANTHEN BABY®, sendo estes dois produtos concorrentes entre si, considerando “ *irrelevante a demais gama de produtos que ambas as empresas comercializam (nomeadamente no que diz respeito a medicamentos) ou qual a quota de mercado que cada um desses produtos tem.*” Considerando que o mercado relevante é o dos produtos cosméticos por se tratar de produtos dermocosméticos e não medicamentos.

De seguida a 2ª Requerida analisa a “Campanha”, refutando desde logo o entendimento da Requerente de “*que a mensagem que é passada aos consumidores é a de que este produto é recomendado pelas “Farmácias Portuguesas” e pelos “maiores especialistas”, os quais, no entender da queixosa, seriam os farmacêuticos.*” Referindo que “*Não resulta, de todo, que as “Farmácias Portuguesas” recomendem o produto BEPANTHEN BABY®,* e, caracterizando o Programa “Farmácias Portuguesas” e o seu universo, considera que “*é do conhecimento geral, entre os consumidores, que existem farmácias que aderiram a tal Programa (as tais que aceitam o cartão) e outras que não. Donde, necessariamente, a expressão “Farmácias Portuguesas” não se confunde com o universo das farmácias a atuar em Portugal.*”

Referindo-se em concreto ao Mupi a 2ª Requerida afirma que *“consta, de forma bem visível, um desenho com o Cartão Saúde e a expressão “Aproveite as Promoções”, havendo depois um asterisco que remete para a duração da Campanha, onde expressamente se reitera que a mesma pressupõe o Cartão Saúde”* e que, *“Quanto à expressão “Os maiores especialistas recomendam”, é evidente que se trata de uma graça, considerando os bebés como sendo os melhores especialistas nos cremes de muda fralda, razão pela qual foi colocada uma fotografia com a cara de um bebé num desenho simbolizando um finalista universitário. Os “especialistas” aqui em causa não são os farmacêuticos, nem as farmácias. São os bebés”*.

Prosseguindo que também no spot de rádio é inequívoco que o “especialista” é um bebé, o “Dr. Joãozinho”, *“que conta a sua relação com as farmácias portuguesas e o que ele pensa delas (...) que diz que essas mesmas farmácias ajudam a sua mãe sempre que esta tem alguma dúvida (...) e (...) “quem recomenda o BEPANTHEN BABY®.”*

Acrescentando que *“esses “especialistas”, no âmbito da Campanha das “Farmácias Portuguesas”, não “recomendam” apenas o BEPANTHEN BABY®, mas igualmente produtos concorrentes, como o Atoderm, o Caladryl Derma Hidratante e Eczema, Aveeno BABY® e Dermexa e o Mitosyl Pomada (cfr. DOCS. 1 a 6 ora juntos), assim como “são “recomendados” na referida Campanha,”* produtos da Requerente. Concluindo não resultar do *“referido anúncio publicitário referente ao produto da Bayer Portugal qualquer recomendação feita pelas “Farmácias Portuguesas”, pelas farmácias portuguesas em geral, ou por qualquer outro profissional de saúde. Pelo que não existe aqui qualquer publicidade enganosa (...)”*

A 2ª Requerida refere que *“quanto ao material publicitário indicado nos docs. 4, 5 e 6 juntos com a queixa (...) também não podemos concordar com o entendimento sufragado pela queixosa.”* e, centrando a sua argumentação

em torno do conteúdo do documento 4, refere que a “expressão *“SEM INGREDIENTES DESNECESSÁRIOS”* encontra-se na base do anúncio, junto com as seguintes expressões: *“SEM CONSERVANTES”, “SEM CORANTES”, “SEM PERFUMES”* e que tal alegação *“não (...) pretendeu depreciar os concorrentes (“os quais nem sequer são mencionados”) nem quaisquer ingredientes utilizados de forma legal. “*

Mais alega que tal afirmação está sustentada em estudos científicos mas que, o facto de serem desnecessários, não quer dizer que *“sejam automaticamente e sempre negativos ou prejudiciais “* e que o *claim* não deprecia *“os ingredientes utilizados de forma legal pelos demais concorrentes”*, não violando o Regulamento n.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, estando, aliás, conforme com as orientações publicadas pela Comissão Europeia sobre a aplicação do referido Regulamento, atualizadas em 3 de julho de 2017 e, *“o que daí resulta é que o que é proibido é alegar que determinado produto não tem ingredientes que são proibidos, ou que não costumam ser utilizados na indústria cosmética.”*

E continuando refere que *“Na referida orientação da Comissão Europeia está aí claro que podem ser utilizadas alegações que refiram a inexistência de determinados ingredientes legais”* desde *“que tal alegação corresponda à verdade e que o produto efetivamente não contenha tais ingredientes”*, concluindo *“que é o caso aqui em apreço. O produto BEPANTHEN BABY® não tem conservantes, nem corantes e nem perfumes. Tal como não contém óxido de zinco.”*

Afirmando que *“estas alegações podem ser utilizadas, sendo legais desde que verdadeiras - o que é o caso.”* E acrescentando que *“não podem ser utilizadas alegações que transmitam uma mensagem depreciativa assente na ideia de que determinados ingredientes legais não são seguros - o que não é, de todo, a ideia que aqui se transmite.”*

Refere, ainda, a 2ª Requerida que *“Quanto à alegação “Sem óxido de zinco”, trata-se de uma alegação verdadeira, já que o produto não contém tal ingrediente. Justificando que “essa alegação tem como alvo aquele específico grupo de consumidores que pretende adquirir produtos com o mínimo possível de ingredientes. (...) que no mercado do eritema da fralda, 90% dos produtos correspondem a fórmulas COM óxido de zinco, sendo o BEPANTHEN um dos dois produtos no mercado que tem fórmula sem óxido de zinco (dados HMR)”, pelo que “incluir esta alegação na publicidade feita ao produto permite informar o consumidor da diferenciação da fórmula do BEPANTHEN face ao mercado, assegurando assim que o consumidor tem toda a informação necessária na hora da compra para tomar a sua decisão.”* Explicando ainda que *“O óxido de zinco é percebido/associado pelo consumidor a fórmulas oclusivas e que deixam a característica “mancha branca” na zona da fralda. E a expressão “Deixa a pele Respirar” é uma consequência da inexistência de uma barreira oclusiva.”*

Referindo-se, ainda ao Doc. 4 da Requerente, a 2ª Requerida sublinha que *“A ideia que aparece associada ao óxido de zinco é que sem tal ingrediente a pele respira: “SEM ÓXIDO DE ZINCO. DEIXA A PELE RESPIRAR.”* Citando vários estudos científicos que desaconselham o uso de pomadas muda fraldas com óxido de zinco de forma diária e com intuítos preventivos por serem cremes *“altamente oclusivos”*.

Acrescentando que a informação veiculada através do site *“de Mãe para Mãe” “também não está errada” “trata-se de uma pasta que cria uma barreira oclusiva, difícil de remover”*. Afirmando não ser verdade *“que a mensagem que se transmite é a de que os cremes de muda fralda, que contenham óxido de zinco, façam mal à pele do bebé.”* Concluindo que *“Não só tal mensagem não resulta da publicidade feita ao produto, como nem sequer tal resulta implícito, não se vislumbrando de que modo é que os consumidores poderiam chegar a tal conclusão.”*

Os artigos 162º a 177º da Contestação da Requerida Bayer são irrelevantes no âmbito dos presentes autos.

Requerendo a Requerida, a final, o arquivamento da queixa.

Dão-se por integralmente reproduzidos a queixa e as contestações das Requeridas e os documentos juntos pelas partes.

2. Enquadramento ético-legal

2.1

Importa analisar o conteúdo de cada um dos suportes publicitários juntos aos autos, podendo ser considerados dois conjuntos:

- a) Aqueles que promovem o produto, bem como o Programa “Farmácias Portuguesas; e
- b) Os que promovem exclusivamente o produto Bepanthen Baby.

Os primeiros são da responsabilidade das duas Requeridas, os segundos apenas da 2ª Requerida.

Assim, cabem na alínea a): o spot de rádio, os MUPI's e o Folheto B&M 2020 do Programa “Farmácias Portuguesas” (docs. nºs 2, 3 e 4 juntos pela Requerente) e, na alínea b), o suporte vídeo e conteúdo editorial no *site* “De Mãe para Mãe” (docs. 5 e 6 juntos pela Requerente).

Importa, pois, para este JE, proceder à identificação em matéria de comunicação comercial, do que é controvertido no âmbito das mensagens publicitárias veiculadas.

Assim, relativamente aos suportes identificados em a), no que toca ao “Spot de Rádio” e ao MUPI, alega a Requerente que, a mensagem que os mesmos transmitem, é suscetível de constituir publicidade enganosa por deles se inferir que “todas” as farmácias de Portugal, bem como os “especialistas” que nelas trabalham, recomendam o uso do produto, porquanto *“transmite para os consumidores uma ideia, falsa, de que Bepanthen Baby é a marca preferida do mercado.”*

O art.º 9.º do Código de Conduta da ARP estabelece que a comunicação comercial deve ser “verdadeira e não enganosa”, proscrevendo como enganosa qualquer declaração ou alegação que seja de natureza a, direta ou indiretamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir ou ser suscetível de induzir, em erro o consumidor, designadamente no que respeita a características essenciais do Produto ou que sejam determinantes para influenciar a escolha do consumidor.

As alegações e a publicidade aos produtos, bem como outras formas de comunicação comercial, são instrumentos essenciais para transmitir aos consumidores as características e qualidades de produtos, promover a comparabilidade e uma escolha informada por parte do consumidor quanto ao produto que melhor corresponde às suas necessidades e expetativas.

Ora, quer o “Spot de rádio”, quer o “Mupi” , quer o Folheto B&M 2020 visam a promoção, **em primeiro lugar**, do Programa “Farmácias Portuguesas”, no caso concreto através da “Campanha Promocional Bebê e Mamã 2020”, a decorrer durante o mês de janeiro, conforme se pode ver no *site* farmaciasportuguesas.pt:

[“\(https://www.farmaciasportuguesas.pt/sauda/bebe-mama-2020.html\)](https://www.farmaciasportuguesas.pt/sauda/bebe-mama-2020.html)



No referido *site* é feito o enquadramento da “campanha”, contendo “Os termos e condições” da mesma, o que nos parece relevante para contextualizar de forma correta o *claim* em análise:

“Maternidade, essa palavra tão cheia de doçura, mas que vem também com tantas angústias, dúvidas e incertezas.

Quem tem um bebé em casa sabe bem o quanto, às vezes, é importante o apoio de alguém que conheça as dúvidas dos pais e que tenha uma resposta ou uma sugestão para acalmar um bebé que chora e que não se sabe porquê...

As Farmácias, pela sua disponibilidade e pelos seus profissionais de saúde altamente qualificados, estão na linha da frente para acalmar uma mãe ansiosa (muitas vezes, também o pai). E os bebés agradecem!

Conheça todos os produtos que integram a campanha aqui.

Termos e condições gerais da campanha:

– Vigência: A campanha começa a 01 de janeiro de 2020 às 00h.00m e termina a 31 de janeiro de 2020, às 23h:59m.

– Mecânica: Os produtos que são alvo de benefício (descontos ou atribuição de pontos adicionais no Cartão Saúde) no âmbito da Campanha de Bebê e Mamã das Farmácias Portuguesas são aqueles que constam do folheto promocional.

Considerações gerais:

– Limitado aos detentores de Cartão Saúde e às farmácias aderentes às Farmácias Portuguesas”

E, na capa do Folheto B&M 2020, a mesma informação:



O lema “Farmácias Portuguesas é para a Vida” é inequívoco. É entendimento deste JE que os suportes em causa têm por finalidade, em primeiro lugar, promover o Programa “Farmácias Portuguesas”, chamando a atenção para a

existência de promoções nas farmácias aderentes, de vários artigos para bebés.

Assim, tendo a campanha este fito - promover artigos para os bebés, vendidos nas farmácias aderentes ao programa “Farmácias Portuguesas” - os bebés aparecem, em sentido figurativo, como “os maiores especialistas” a recomendar as “Farmácias Portuguesas”.

“Os Maiores Especialistas Recomendam” é o *claim* utilizado na declinação de todas as peças da campanha referidas na alínea a), com a figura associada do Bebé com o “Chapéu de Doutor”, o “Doutor Joãozinho”.

Note-se que no interior do folheto estão anunciados inúmeros produtos em promoção, designadamente o produto da 2ª Requerida, mas também os produtos da Requerente, com utilização do mesmo “especialista” que surge no MUPI em que é feita promoção às “Farmácias Portuguesas” e ao produto da 2ª Requerida.





O spot rádio aponta no mesmo sentido. O “Dr. Joãozinho” enaltece as “Farmácias Portuguesas” chamando a atenção para as promoções e para os conselhos que podem ser obtidos juntos dos profissionais, recomendando “*en passant*” o produto da 2ª Requerida, concluindo com a **declinação presente em toda a “Campanha” “os maiores especialistas recomendam”** e com o Lema **“Farmácias Portuguesas. É para a Vida”**.

A “recomendação” não é, portanto, das “Farmácias Portuguesas” ou dos seus profissionais, mas ainda que fosse, a conclusão seria de que todos os produtos do folheto tinham merecido a mesma “recomendação”-designadamente o Produto da Requerente, “Halibut Fraldas Creme” cuja inserção também vem acompanhada do cartão “Saúda” acompanhado do logo “Farmácias Portuguesas”.

Uma recomendação não é mais do que uma mera indicação, ou aconselhamento, que não tem de estar fundamentada numa liderança do mercado ou preferência do consumidor. Uma recomendação, é uma sugestão deixando ao livre arbítrio de quem a recebe uma escolha ou opção.

E o consumidor médio sabe distinguir o que é uma recomendação, sobretudo no contexto publicitário.

Quanto à alegada confusão entre o universo das farmácias de Portugal e o universo das farmácias aderentes ao Programa “Farmácias Portuguesas”, que seria suscetível de poder configurar, também, publicidade enganosa, considera este JE, sem necessidade de mais delongas, que a mesma não existe para o consumidor médio, que é minimamente informado, acompanhando e fundamentando a sua posição na argumentação produzida pela 1ª Requerida a este respeito.

Acresce que, ainda que o consumidor médio possa ser “distraído” e não reconheça todas as farmácias que aderiram ao programa “Farmácias Portuguesas”, conhece as vantagens que pode obter, como consumidor nestas farmácias, e que as mesmas estão associadas a um cartão a que pode aderir voluntariamente e de forma informada – o Cartão Saúde.

Não acompanha, portanto, este JE a Requerente na sua interpretação, de que a mensagem veiculada nos suportes referidos na alínea a) “*transmite para os consumidores uma ideia, falsa, de que Bepanthen Baby é a marca preferida do mercado.*”, não se encontrando reunidos os pressupostos vertidos no art.º 9º do Código de Conduta da ARP e do art.º 10º do Código da Publicidade para considerar, neste aspeto, a mensagem como enganosa.

Quanto aos suportes referidos na alínea b), os mesmos não fazem qualquer alusão ao Programa “Farmácias Portuguesas” ou aos “Maiores Especialistas”, razão pela qual este JE sobre esta matéria nada mais tem a acrescentar.

2.2 A Requerente, na sua queixa vem alegar que a afirmação, na mensagem publicitária, de que “*Bepanthen Baby não contém óxido de zinco*”, associado a outras referências, denigre a imagem de todos os concorrentes que têm produtos similares com este ingrediente.

Seguirá este JE a mesma metodologia de analisar as mensagens veiculadas através dos suportes referidos em 2.1 a) (Spot de rádio, Mupi e Folheto BM2020) e, posteriormente os referidos na alínea b) (suporte vídeo e conteúdo editorial pago no *site* de “Mãe para Mãe”).

Assim, cumpre verificar se as mensagens publicitárias contidas nos suportes referidos nas alíneas a) e b), violam o princípio da concorrência, da veracidade ou o Regulamento (CE) n.º 1223/2009, de 30 de novembro, relativo aos produtos cosméticos, que estabelece que os consumidores devem ser protegidos contra alegações enganosas e garante que a informação transmitida através dessas alegações é útil, compreensível e fiável, permitindo aos consumidores tomar decisões informadas e escolher os produtos que melhor se adequem às suas necessidades e expectativas, competindo à pessoa responsável assegurar a conformidade, nos termos do Regulamento (UE) n.º 655/2013, de 10 julho, que estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos.

Bem como, analisar as referidas mensagens publicitárias à luz do art.º 9.º e 10º do Código de Conduta da ARP (veracidade e legalidade), que estabelece que a comunicação comercial deve ser “verdadeira e não enganosa”, proscrevendo como enganosa qualquer declaração ou alegação que seja de natureza a, direta ou indiretamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir ou ser suscetível de induzir, em erro o consumidor, designadamente no que respeita a características essenciais do Produto ou que sejam determinantes para influenciar a escolha do consumidor.

As alegações e a publicidade aos produtos, bem como outras formas de comunicação comercial, são instrumentos essenciais para transmitir aos consumidores as características e qualidades de produtos, promover a comparabilidade e uma escolha informada por parte do consumidor quanto ao produto que melhor corresponde às suas necessidades e expectativas.

Entende o JE que as alegações publicitárias em causa devem ser avaliadas pelo possível impacto que possam ter sobre um Consumidor médio, e atendendo ainda às características do público-alvo e do meio utilizado, devendo tomar em consideração os conhecimentos, a experiência e a capacidade de discernimento de um Consumidor médio. É a esta luz que devem ser enquadrados os *claims* em análise, sem perder de vista os princípios gerais aplicáveis à publicidade dos produtos cosméticos.

Elimina, este JE desde logo, o spot rádio (doc. n.º 2 da queixa) por o mesmo não conter qualquer alegação relativa à existência ou não do “óxido de zinco” no produto “Bepanthen Baby” ali anunciado.

Pelo mesmo motivo, este JE elimina também o MUPI (doc. n.º 3 da queixa), uma vez que se limita a referir que o produto é uma “pomada muda fralda, sem mencionar a sua composição.

Quanto ao folheto do Programa “Farmácias Portuguesas” que divulga a Campanha “Bebés e Mamãs”, por fazer menção à inexistência de óxido de zinco na sua composição iremos analisá-lo em conjunto com os restantes suportes (vídeo e conteúdo editorial do *site* de “Mãe para Mãe”).

Afirma a Requerente que “O Spot de TV, o folheto e o conteúdo editorial pago no *site* “De Mãe para Mãe” – Docs. 4, 5 e 6 – *“transmitem uma mensagem, clara e evidente, de que o ingrediente óxido de zinco pode fazer mal à pele suave dos bebés - (“que faça mal a essa pele tão suave e perfeita”) - é uma vantagem um produto ser “Sem óxido de zinco”, qualificando-o como “ingredientes desnecessários” e, portanto “o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda”.*

De acordo com n.º 5, n.º 1 do Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, sob a epígrafe, “Imparcialidade”, **“As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.”**

Ora, no folheto a referência relativa ao óxido de zinco é expressa de forma destacada de outras menções, da seguinte forma: “Sem óxido de zinco” e em letras pequenas “Deixa a pele respirar”.

Em rodapé, mas ainda com maior destaque, encontramos outras informações sobre o produto: “Sem ingredientes desnecessários” e por baixo desta informação são elencados os referidos “ingredientes”: “✓ sem conservantes ✓sem corantes ✓sem perfumes”.

Sublinha-se que não existe qualquer alusão de que o óxido de zinco é um ingrediente desnecessário. O *claim* “Sem Óxido de Zinco /Deixa a pele respirar” refere-se às propriedades daquele específico produto “pomada muda fralda”.

Refere a Requerente que a alusão “deixa a pele respirar” é depreciativo face a todos os restantes produtos concorrentes que servem a mesma finalidade e que na sua composição contém óxido de zinco.

Não concordamos com a Requerente, designadamente pela leitura dos estudos juntos quer pela Requerente quer pela 2ª Requerida, que comprovam que o óxido de zinco cria uma camada oclusiva e, portanto, não deixa a pele respirar. Não existe qualquer referência (no anúncio do folheto) se, pelo facto do óxido de zinco não estar patente na fórmula do produto da 2ª Requerida o torna melhor ou pior do que os dos seus concorrentes, se este componente é necessário ou desnecessário, nem qualquer afirmação de

que o óxido de zinco é proibido neste tipo de produtos cosméticos para a muda da fralda dos bebés.

A verdade é que as pomadas muda fralda com óxido de zinco podem até ser “recomendadas”, tendo em conta a pele do bebé, o facto de estar “assado” ou ser mais propenso à assadura. Nestes casos os consumidores, com a advertência feita pela 2ª Requerida, sabem que não deverão comprar o “Bepanthen Baby”, pois, por não ter o óxido de zinco, não é suscetível de proteger eficazmente a pele do seu bebé.

Bastará olhar com atenção para os produtos da Requerente para verificar a multiplicidade de pomadas muda fralda a utilizar em função de cada situação.

Sendo certo que o consumidor médio é especialmente atento em matéria das necessidades dos bebés e avalia os produtos em função das mesmas.

Quanto aos “Produtos Desnecessários”, no qual não está incluído, no caso do folheto, o óxido de zinco, considera este JE que não é depreciativo para os outros concorrentes, mas simplesmente informativo, indo ao encontro das preferências atuais dos consumidores no que diz respeito a produtos para bebés.

Dos estudos científicos juntos por Requerente e 2ª Requerida não é possível concluir que a pomada muda fralda de uma ou de outra, com ou sem óxido de zinco, é melhor ou pior, mas pode-se concluir com firmeza que o óxido de zinco cria uma “barreira protetora “mais oclusiva.

Por outro lado e citando o estudo junto pela Requerente, pág. 204 “*A limpeza da zona das fraldas é uma situação muito controversa e com algumas particularidades*” A regra deve ser “**pouca humidade e muito ar!** (...)

“Se a pele é normal, não é necessário o uso por rotina de cremes protetores para a prevenção da dermatite das fraldas” (...) (sublinhado do JE)

“A dermatite das fraldas é devida a vários fatores, sendo a humidade e o ambiente quente muito importantes. Por outro lado as ureases fecais (...) aumentam o pH local (...) Este ambiente quente, húmido e com pH aumentado vai ajudar também à proliferação bacteriana ou fúngica.

Nestes casos, para além das medidas já mencionadas, onde a diminuição da humidade da zona é fundamental (a dificuldade de nas crianças mais pequenas deixar a zona ao ar muito tempo, pode ser substituída pelo uso do secador do cabelo na posição de frio!), poderão ser então utilizados cremes de barreira ou pastas mais espessas e aderentes, à base de óxido de zinco, dióxido de titânio e amido, que possam minimizar as perdas transepidérmicas de água e diminuir a permeabilidade da pele desta zona.

De notar que os produtos usados que ficam aderentes, não devem ser removidos a cada muda de fralda, devendo-se ir colocando novo produto em cima do que vai ficando. Também se aconselha nos casos mais graves a colocar vaselina em cima dos cremes de barreira ou pastas para aumentar os seus efeitos.” (sublinhado do JE)

As restantes citações constantes da queixa da Requerente apontam no mesmo sentido, concluindo este JE que **estamos perante produtos cosméticos muda fralda com objetivos e propósitos diferentes.**

E seguindo, de novo o estudo junto pela Requerente e em apoio ao entendimento deste JE, não podemos deixar de citar a conclusão:

“Depois de caracterizarmos os produtos para a pele da criança algumas regras devem ser seguidas antes de os utilizarmos.

Assim é importante começar pela caracterização do tipo de pele da criança (normal, seca, oleosa), e pela identificação do que se pretende: se limpar, se proteger ou se tratar. Depois é fundamental conhecer exatamente o tipo de produto que queremos utilizar, se é um creme, uma loção, um emoliente, uma pasta, uma pomada, saber as suas funções e propriedades, ver a sua composição (suspeitar se não apresentada na embalagem), enfim saber se é adequado à situação em causa”.

O consumidor médio tem esta noção em relação aos produtos para os bebés e, provavelmente, por esse motivo o produto muda fralda da Requerente é líder de mercado, porque sendo tão difícil evitar a humidade e “dar muito ar” o consumidor opta, à cautela, por criar a barreira oclusiva evitando e prevenindo (e não só protegendo) a assadura.

Consequentemente considera este JE que não é enganosa a mensagem da 2ª Requerida neste suporte promovido pela 1ª Requerida, e que o *claim* chama a atenção para as propriedades reais do creme muda fraldas Bepanthen Baby, sem denegrir os produtos que atuam no mesmo mercado, mas com propriedades distintas, *in casu* não tem o efeito cicatrizante e regenerador da pele, não se podendo afirmar se são melhores ou piores, porquanto dependem de cada caso concreto.

Analisados os conteúdos do suporte vídeo e do conteúdo editorial da 2ª Requerida no *site* de “Mãe para Mãe”, afigura-se para este JE, que a situação é algo diferente da anterior.

No suporte Vídeo (doc. n.º 5)

“Personagem “Gigante:

“É isso mesmo meu amor, não queremos pôr nada que faça mal a essa pele tão suave e perfeita. Com provitamina B5, mas definitivamente sem óxido de zinco” (sublinhados do JE).

Locução:

“Bepanthen Baby. Uma barreira protectora, transparente e respirável que protege da assadura da fralda. Protecção Gigante, suave para a pele. Bayer.”

E do conteúdo editorial publicado no site de “Mãe para Mãe”, destacamos:

(...)

“Mas este creme tem ainda outras vantagens:

(...)

Não contém óxido de zinco.

*Este último ponto merece ser explicado pois, embora o óxido de zinco seja um componente comum deste tipo de cremes, pode não ser a melhor opção para a pele do bebé. O óxido de zinco cria uma barreira oclusiva (aquela barreira branca que todos nós já vimos na pele dos bebés) **que deixa resíduos difíceis de remover, o que não é desejável na pele sensível e em recuperação.** Para além disto, **esta mesma barreira bloqueia o mecanismo de regeneração cutânea** e aumenta o pH da pele, o que também não é desejado. Assim, **o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda.**” (sublinhado e negrito do JE)*

Considerando o anteriormente exposto sobre as propriedades do óxido de zinco, parece abusiva, enganosa e suscetível de denegrir os produtos da Requerente, e da restante concorrência que atuam no mesmo mercado dos produtos muda fraldas com óxido de zinco, a afirmação **“não queremos pôr nada que faça mal a essa pele tão suave e perfeita. (...) mas definitivamente sem óxido de zinco”**

Note-se que a 2ª Requerida, na sua contestação nada refere sobre o suporte vídeo junto como documento n.º 5 pela Requerente que terá sido veiculado nos canais de TV, SIC e TVI.

Do mesmo modo considera este JE que o conteúdo editorial de “Mãe para Mãe”, no que se refere às frases “*deixa resíduos difíceis de remover, o que não é desejável na pele sensível e em recuperação*” “*esta mesma barreira bloqueia o mecanismo de regeneração cutânea e aumenta o pH da pele, o que também não é desejado*” e o *claim* final , “*o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda*”, extravasa os princípios de ética publicitária, da concorrência e da promoção de produtos cosméticos.

Note-se, designadamente, que existem conselhos da 2ª Requerida que são veementes contestados pela comunidade científica. As pomadas oclusivas, não devem ser totalmente removidas precisamente para não afetar a pele do bebé. Ou seja, os resíduos difíceis de remover devem permanecer, colocando-se uma nova camada (conclusão que é atestada pelo documento junto pela Requerente atrás referido e transcrito em parte).

Tendo em conta os documentos -aleadamente de teor científico - juntos pela 2ª Requerida sobre as propriedades das pomadas muda fraldas, convém notar que apresentam conclusões muito idênticas ao documento junto pela Requerente, sendo de sublinhar que os autores reconhecem da “*escasez de estúdios científicos de alta calidad que permitran extraer conclusiones definitivas sobre la cuestion, y de que las recomendaciones administradas son más bien fruto del consenso de expertos. Igualmente, la comparativa com otras guías de cuidados de la zona del pânal viene dificultada por la escasez de evidencias científicas y las diferencias sociales, climáticas y culturales de los distintos países donde se hayan elaborado.*” (pag. e12 do Doc. junto sob o n.º 10 da 2ª Requerida).

Ou seja, cada caso é um caso. O consumidor médio terá a perceção, a cada momento, para escolher o produto que mais se adequa às necessidades do

bebé, podendo ser induzido em erro com a mensagem transmitida pela 2ª Requerida, tanto mais sendo uma entidade de reputação internacional.

Considera, assim este JE que a publicidade contida no suporte vídeo difundido em canais de TV e o conteúdo editorial pago no *site* de “Mãe para Mãe” (este nas partes devidamente assinaladas) é enganosa, violando o n.º 1 e 2 do art.º 4.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em matéria de publicidade e outras formas de comunicação comercial (Código de Conduta da ARP).

Assim como violam o princípio da veracidade e constituem alegações enganosas pela sua forma de apresentação, não permitindo ao consumidor médio a perceção do alcance da alegação, violando o n.º 1 e a alínea a) do n.º 2 do art.º 9.º do Código de Conduta da ARP, nos termos dos quais a comunicação comercial deve ser verdadeira, não enganosa e proscrever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, direta ou indiretamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser suscetível de induzir, em erro o consumidor, no caso, à sua eficácia e desempenho do produto da 2ª Requerida.

Considera, também, este JE que a 2ª Requerida depreciou os produtos da concorrência violando, assim o ponto 5, n.º 1 do Regulamento (UE) N.º 655/2013, da Comissão, de 10 de julho de 2013, sob a epígrafe, “Imparcialidade”, “As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.” e, o artigo 16º do Código de Conduta da ARP que, sob a epígrafe “Denegrição”, o qual determina que “A Comunicação Comercial não deve denegrir qualquer pessoa, categoria de pessoas, Entidade, organização, actividade comercial ou industrial, profissão ou Produto, nem procurar colocá-las a ridículo ou desrespeito ou sobre as mesmas suscitar o desprezo público”, configurando assim um ato de

concorrência desleal, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 311.º do Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro que aprova o novo Código da Propriedade Industrial, que considera desleais "As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes".

Quanto ao documento junto pela 2ª Requerida sob o n.º 12, refere-se que o mesmo não tem qualquer força legal, sendo um documento de trabalho.

3. Decisão

Pelo exposto, delibera a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da 2ª Requerida, relativa ao produto dermocosmético "Bepanthen Baby", veiculada nos suportes vídeo (televisão) e através do site "de Mãe para Mãe", se encontra desconforme com os artigos 4.º, n.ºs 1 e 2 e 9.º, n.ºs 1 e 2 e 16º 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.

Quanto aos restantes suportes através dos quais foi veiculada publicidade ao produto "Bepanthen Baby" considera este JE que os mesmos não violam qualquer dispositivo legal.

Quanto à alegação da 1ª Requerida da inutilidade superveniente da lide, este JE lembra que é a própria 1ª Requerida que afirma que a campanha *sub judice* estará em vigor até ao dia 31.01.20, ou seja, no momento que este JE está a deliberar a mesma ainda está patente.».

A Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária