

EXTRACTO DE ACTA

Reunida no vigésimo segundo dia do mês de Junho do ano de dois mil e vinte e seis, a Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, apreciou o processo nº 2J/2026 tendo deliberado o seguinte:

«Processo n.º 2J/2026

1. Objeto dos Autos

1. A DANONE NUTRICIA UNIPessoal Lda. (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por DANONE ou Requerente) veio, junto do Júri de Ética da ARP (adiante indiscriminada e abreviadamente designado por Júri ou JE), apresentar queixa contra a **NESTLÉ PORTUGAL UNIPessoal Lda.** (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por NESTLÉ ou Requerida), relativamente a comunicação comercial ao seu género alimentício “NAN Supreme Pro 2” (adiante abreviadamente designado por NAN) - promovida pela última em suporte mobiliário urbano - tal, por alegada violação dos artigos 5.º do Código de Conduta da ARP, 12.º, alínea c) do Regulamento (CE) n.º 1924/2006, 6.º, 10.º, 11.º, 12.º, 13.º 15.º e 16.º do Código da Publicidade, bem como artigos 5.º, 6.º, 7.º e 9.º do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março.

1.1. Notificada para o efeito, a NESTLÉ apresentou a sua contestação. Dão-se por reproduzidos a queixa, a contestação e os documentos juntos pelas Partes.

1.2. Dos factos

A NESTLÉ divulgou através de suporte mobiliário urbano, uma campanha publicitária destinada a promover o seu leite NAN. (Cfr. art.ºs 1, 2 e 34 da queixa, Docs. de 1 a 3 juntos e art.º 1.º da contestação).

1.2.1. Das alegações publicitárias

Em conformidade com os art.ºs 1, 2 e 34 da petição e dos documentos juntos aos autos com a mesma, são os seguintes, os *claims* ou alegações publicitárias colocadas em crise e conjugadas entre si, num mesmo suporte:

- (i) "MARCA N.º1
RECOMENDADA POR
PEDIATRAS EM PORTUGAL";
- (ii) "Curar com um miminho
Ciência da Mãe";
- (iii) "Fazer-te sentir especial
Ciência do Pai";

e

- (iv) "A pensar no crescimento saudável - Ciência de NAN";

associados ao *disclaimer* "estudo HCP Tracker/Novembro 2024 – APLUSA". (Cfr. art.º 28 da queixa).

1.3. Das alegações das Partes

1.3.1. Em síntese, alega a DANONE em sede de petição que a campanha publicitária da responsabilidade da NESTLÉ, ao leite em pó NAN, se encontra em desconformidade com o quadro ético-legal europeu em matéria de princípio da veracidade aplicável às comunicações comerciais, publicidade comparativa e testemunhal, bem como com os princípios a que devem

obedecer as chamadas alegações de saúde. A Requerente sustenta, designadamente, que:

- (i) Os "...elementos verbais e visuais reforçam uma associação do Produto a ciência e saúde ("Ciência de NAN" e "crescimento saudável"), contribuindo para a perceção global de que a mensagem funciona como um selo de validação médica e de superioridade clínica. Essa impressão global é ainda construída pela combinação de autoridade médica (pediatras), promessa de benefício ('crescimento saudável') e linguagem emocional ('Ciência da Mãe/Pai')", (sic. art.º 3), acrescentando que, é "...manifesto que a campanha viola diretamente o artigo 12.º, alínea c), do Regulamento, que proíbe alegações de saúde que façam referência a recomendações de médicos ou de profissionais de saúde" (sic. art.º 16), que "...a ilicitude decorre da própria menção promocional a pediatras e não depende — nem pode depender — de a alegação ser estatisticamente verdadeira ou falsa: mesmo que o "estudo" invocado fosse integralmente correto, o claim continuaria proibido à luz do artigo 12.º, alínea c). A eventual discussão sobre universo, metodologia e resultados do estudo apenas releva, a título subsidiário, para evidenciar (i) a natureza superlativa/comparativa de "n.º 1" e (ii) o risco acrescido de engano por omissão caso os pressupostos não sejam clara e imediatamente compreensíveis para o consumidor médio" (sic. art.º 18) e que "a referência a "pediatras" não opera de forma isolada: o consumidor médio tende a entender que esses profissionais avalizam não apenas a marca, mas também os benefícios de saúde e de desenvolvimento sugeridos pelas demais menções da campanha (designadamente "crescimento saudável" e "Ciência de NAN")." (sic. art.º 19);

- (ii) "A alegação "Marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal" cumula (...) um elemento de endosso profissional e (...) um elemento superlativo/comparativo ("n.º 1"). Mesmo abstraindo do vício autónomo já exposto à luz do artigo 12.º, alínea c), do Regulamento, estes elementos ativam, no direito nacional, exigências acrescidas de verificabilidade, transparência e não indução em erro (artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade; artigos 5.º e 7.º do DL n.º 57/2008)" (sic. art.º 27), acrescentando que "...a referência ao "estudo HCP Tracker/Novembro 2024 – APLUSA" é feita de forma minimalista. Num suporte de leitura rápida como um mupi, pode ser discutível se o consumidor médio consegue apreender, de modo claro e imediato, o universo, a amostra, os critérios, a metodologia, o significado de 'recomendação' e, sobretudo, a categoria efetivamente comparada (por exemplo, se a comparação incide apenas sobre fórmulas de transição 6+ meses). Se tais elementos forem substanciais para compreender o alcance do "n.º 1", a sua ausência ou apresentação pouco clara pode configurar omissão enganosa (artigo 9.º do DL n.º 57/2008..." (sic. art.º 28) e que, (em) "particular, a comunicação não permite ao destinatário compreender, de forma clara e imediata, elementos essenciais da alegação, designadamente: (i) se a "recomendação" reportada corresponde a recolha espontânea ou apenas assistida; (ii) se o "n.º 1" se refere à marca "NAN" ou ao concreto produto "NAN Supreme Pro 2"; (iii) se a categoria comparada é a globalidade das fórmulas

infantis ou apenas um subsegmento específico (v.g., fórmulas de transição 6+ meses); (iv) o universo de pediatras efetivamente considerado; (v) o período temporal relevante; (vi) o método de recolha; e (vii) o critério objetivo de ranking adotado. A acumulação destas opacidades, num suporte de leitura imediata como o mupi, agrava de forma óbvia o desfasamento entre a força da alegação principal e a insuficiência do suporte explicativo.” (sic. art.º 29);

- (iii) “Veja-se (...) a declaração/market certificate emitida pela HMR – Health Market Research, de onde decorre de forma muito clara, que a marca “Nan” era líder, em Portugal, em vendas (sell-out, valor e unidades) no Mercado H14.6 – Leites, no ano de 2025 (farmácia + mass market). Nesse mesmo mercado e período, a marca “Nan” liderava, quer em valor, quer em unidades, tanto nos leites 1, denominados de leites para lactentes (v.g., em valor: “Nan Supreme Pro HA 1” 2.602.719 vs. concorrente direto “Aptamil Profutura 1 Duo” 1.306.958; em unidades: “Nan Supreme Pro HA 1” 112.278 vs. concorrente direto “Aptamil Profutura 1 Duo” 58.800), como nos leites 2, denominados de leites de transição, onde se encontra o Produto cuja publicidade estamos a analisar...” acrescentando que “Já no ano de 2026 (canal farmácia + mass market), e tal como consta de forma muito clara na declaração/market certificate emitida pela HMR – Health Market Research apresentada no **Documento n.º 5** em anexo, a marca “Aptamil” passou a líder, em Portugal, em vendas (sell-out, valor e unidades) no Mercado H14.6. – Leites. Nesse mesmo mercado e período, a marca “Nan” surge significativamente abaixo, quer em valor, quer em unidades, tanto nos leites 1, denominados de leites para lactentes (v.g., em valor: “Aptamil Profutura 1 Duo” 752.373 vs. concorrente direto “Nan Supreme Pro HA 1” 542.709; em unidades: “Aptamil Profutura 1 Duo” 33.042 vs. concorrente direto “Nan Supreme Pro HA 1” 23.158), como nos leites 2, denominados de leites de transição, onde se encontra o Produto cuja publicidade estamos a analisar.” (sic. art.º 8).

1.3.2. Contestando a denúncia da DANONE, vem a NESTÉ defender a ética e a legalidade da sua campanha publicitária, alegando, designadamente, que:

- (i) “...A campanha objeto da Reclamação respeita aos mais elevados padrões de legalidade, veracidade e transparência, sendo plenamente conforme com o regime jurídico aplicável e com os princípios de autorregulação vigentes; A alegação central e os elementos complementares da comunicação não configuram, quer isolada quer cumulativamente, alegações de saúde proibidas ou não autorizadas; A comunicação não consubstancia publicidade enganosa nem publicidade comparativa ilícita, limitando-se a refletir um posicionamento de mercado baseado em dados objetivos e verificáveis.” (sic. art.º 2.º);

- (ii) “...a afirmação constante da campanha — “Marca n.º 1 recomendada por pediatras em Portugal” — não constitui, nem pode ser qualificada como, uma alegação de saúde na aceção do **Regulamento (CE) n.º 1924/2006**, relativo às

alegações nutricionais e de saúde sobre alimentos” (sic. ar.º 4.º), que “...a **alegação em causa encontra-se suportada por estudo de mercado independente** (HCP Tracker, APLUSA), sendo, nessa medida, objetiva, verificável e suscetível de demonstração, em conformidade com o exigido pelo artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 1924/2006 (relativo à fundamentação das alegações), bem como pelo artigo 11.º do Código da Publicidade” (sic. art.º 18.º) e, ainda, que “a prática decisória em matéria de publicidade tem vindo a admitir a utilização de alegações de liderança ou posicionamento (“*market leadership claims*”), como “n.º 1” ou “mais recomendado”, enquanto expressões legítimas de posicionamento comercial desde que — como sucede no presente caso — tais afirmações sejam verdadeiras, proporcionadas e devidamente fundamentadas” (sic. art.º 25.º) e que “...não se verifica qualquer efeito de “*endorsement*” clínico, nem a criação de um “*halo*” de natureza médica suscetível de influenciar indevidamente o consumidor, sendo antes percecionada como uma referência a um dado agregado de mercado.” (sic. art.º 35.º);

- (iii) Quanto às restantes alegações publicitárias “...**estamos perante formulações típicas de linguagem publicitária não literal (*puffery*), desprovidas de conteúdo objetivo verificável**, que não podem ser interpretadas como afirmações factuais, nem como alegações de saúde” (sic. art.º 43.º), acrescentando que “... nenhuma das expressões em análise consubstancia uma alegação de saúde na aceção do Regulamento (CE) n.º 1924/2006, tratando-se antes de elementos de comunicação publicitária de natureza evocativa e emocional, plenamente compatíveis com os princípios da licitude, veracidade e lealdade consagrados no Código da Publicidade, no Código de Conduta da ARP – Auto Regulação Publicitária e no Código ICC” (sic. art.º 59.º) e que, “...a campanha em análise **não contém quaisquer afirmações falsas ou inexatas, não omite informação essencial suscetível de induzir o consumidor médio em erro** (cf. conceito acolhido na jurisprudência europeia e na Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais) e **não recorre a formulações ambíguas ou suscetíveis de uma interpretação enganosa**, nem a Reclamanda o logra demonstrar.” (sic. art.º 63.º);

- (iv) “A mera utilização de uma alegação de liderança — “Marca n.º 1” — não é, por si só, suficiente para reconduzir a comunicação ao regime da publicidade comparativa, na medida em que não permite identificar, ainda que implicitamente, um concorrente determinado” (sic. 80.º), que “A alegação de “marca n.º 1 recomendada por pediatras” traduz, assim, um indicador de posicionamento agregado...” (sic. art.º 86.º) e, ainda, que “...a alegação em causa assenta num critério específico e autónomo — recomendação profissional —, distinto de outros indicadores de mercado, como sejam os dados de vendas invocados pela Reclamante” (sic. art.º 87.º), considerando que “...os dados invocados: (...) reportam-se a um período temporal limitado e recente (menciona 2026, mas nem sequer indica a que mês/meses se reportam os dados), marcado por uma alteração conjuntural excecional na posição relativa das marcas; (...) refletem uma alteração conjuntural, não apta a demonstrar uma tendência consolidada; (...) ignoram períodos anteriores relevantes em que a liderança pertencia à Reclamada” (sic. art.º 90.º) e que “...a apresentação de dados circunscritos a um segmento específico do mercado como se refletissem o “mercado” em sentido amplo revela-se, no mínimo, incompleta e suscetível de induzir uma perceção distorcida da realidade concorrencial.” (sic. art.º 98.º).

2. Enquadramento ético-legal

2.1. Da alegada prática de publicidade testemunhal desconforme com o quadro normativo europeu em matéria de alegações de saúde

Próprio dos Regulamentos da União Europeia é o chamado efeito direto ou da aplicabilidade direta do direito produzido no seu âmbito. Logo, os critérios restritivos de licitude em matéria de publicidade e rotulagem, quer a géneros alimentícios em geral, quer a produtos lácteos em particular, são imperativos e imediatos, obrigando diretamente todos na União Europeia, incluindo empresas.

Ora, segundo o disposto nos artigos 4.º, n.º 1 e 5.º do Código de Conduta da ARP, as comunicações comerciais devem ser legais.

De acordo com o artigo 3.º, n.º 1 do mesmo Código de Conduta e, bem assim, com a vasta jurisprudência do JE, uma comunicação comercial deve ser analisada como um todo. De onde (e porque de autorregulação aqui se trata), não cumpre ao Júri apreciar as alegações publicitárias em lide, uma a uma, sem recurso ao contexto propiciado pelo seu conjunto e comunicado ao destinatário - quer em termos imagéticos quer ao nível verbal – como, aliás, o faz a NESTLÉ na sua contestação a art.ºs 37.º a 52.º. Tal, muito embora a Requerida conceda que, quanto ao *claim* “Marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal”, se deve atender “...ao seu enquadramento na comunicação global...” (sic. art.º 32.º) e admita que, no que respeita às restantes alegações publicitárias colocadas em crise, (para) “...efeitos de qualificação jurídica das (...) expressões, **impõe-se atender ao contexto global da comunicação...**”. (sic. art.º 39.º, negrito e sublinhado do Júri).

Em conformidade, ao contrário do defendido pela NESLÉ, não pode ser considerado despiciendo, em prole da respetiva qualificação jurídica, o facto

de a alegação “Marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal” se encontrar associada ao *claim* “A pensar no crescimento saudável - Ciência de NAN” e de, assim, a respetiva correlação de significados os fazer resvalar para o conceito de alegações de saúde definido no artigo 2.º, n.º 2, alínea 5) do Regulamento (CE) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 2006 relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos.

Em coerência, e considerando o disposto no artigo 4.º, n.º 1 do Código de Conduta da ARP que “Toda a Comunicação Comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira”, conclui o JE dever apreciar a invocada desconformidade de tal alegação com o quadro normativo do referido Regulamento e, designadamente com o disposto no seu artigo 6.º, n.º 1, nos termos do qual “As alegações nutricionais e de saúde devem ser baseadas e fundamentadas em dados científicos geralmente aceites”, não subscrevendo a posição da Requerida vertida a art.ºs 4.º e 29.º da contestação.

De acordo com o artigo 2.º, n.º 2, alínea 5) do referido Regulamento, alegação de saúde é “...qualquer alegação que declare, sugira ou implique a existência de uma relação entre uma categoria de alimentos, um alimento ou um dos seus constituintes e a saúde”. Por seu turno, dispõe-se no respetivo artigo 12.º, alínea c), que são proibidas as alegações de saúde “...que façam referência a recomendações de médicos ou de profissionais da saúde e de outras associações não referidas no artigo 11.º”.

Constitui posição da NESTLÉ a de que o artigo 12.º, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 1924/2006 deve ser lido à luz das diferentes versões linguísticas autênticas do direito da União Europeia” (sic. art.º 10.º), na medida em que “...enquanto a versão portuguesa da referida disposição faz referência a “recomendações de médicos ou de profissionais da saúde”, várias outras versões linguísticas -

designadamente a inglesa, francesa, espanhola, italiana e alemã - explicitam que a proibição se reporta a recomendações de **profissionais de saúde individuais**^{1.}” (sic. art.º 11.º).

Concorda o Júri com o defendido pela Requerida. Com efeito, a proibição em causa aplica-se às situações de *endorsement* individualizado, assente na autoridade pessoal de um profissional concreto, o que não acontece na comunicação comercial em lide, em que se usa a expressão “pediatras”. (Cfr. docs. 1 a 3 da petição). Com efeito, não obstante todas as versões linguísticas de um regulamento europeu terem a mesma validade jurídica e, logo, nenhuma tradução ter primazia sobre as restantes, o certo é que, de acordo com regras estabelecidas pelo TJUE, as diferenças linguísticas resolvem-se através de comparação de versões, a fim de se avaliar a existência, ou não, de erro de omissão. Ora, no caso *sub judice*, verifica-se que a versão portuguesa do artigo 12.º, alínea c) do Regulamento em causa, é uma das poucas que omite o termo literal “individuai”. Em termos de direito comunitário, quando uma versão linguística difira de quase todas as outras, a respetiva leitura isolada - no caso, a portuguesa -, deve ser considerada uma lacuna de tradução, com o resultado de “perder força” perante o consenso das restantes versões. A interpretação correta deve basear-se no conceito de profissionais de saúde individuais, aplicando-se a regra de que omissões e, ou, variações textuais numa língua, não prevalecem sobre o sentido uniforme da legislação da União Europeia.

¹ Vide as seguintes versões:

“PT - c) Alegações que façam referência a recomendações de médicos ou de profissionais da saúde e de outras associações não referidas no artigo 11.º.”

“EN - c) claims which make reference to recommendations of **individual** doctors or health professionals and other associations not referred to in Article 11.”

“FR - c) les allégations faisant référence à des recommandations **d'un** médecin ou **d'un** professionnel de la santé déterminé et d'associations non visées à l'article 11.”

“ES - c) las declaraciones que hagan referencia a recomendaciones de médicos **individuales** u otros profesionales de la salud y otras asociaciones no mencionadas en el artículo 11.”

“IT - c) indicazioni che fanno riferimento al parere di un **singolo** medico o altro operatore sanitario e altre associazioni non contemplate dall'articolo 11.”

“DE - c) Angaben, die auf Empfehlungen von **einzelnen** Ärzten oder Vertretern medizinischer Berufe und von Vereinigungen, die nicht in Artikel 11 genannt werden, verweisen.“

Mais, de acordo com uma interpretação teológica, o objetivo do artigo 12.º, alínea c) é o de proibir alegações de saúde que usem o prestígio e a autoridade de um profissional específico para influenciar consumidores.

Em coerência, conclui o Júri pela não desconformidade da comunicação comercial objeto da questão controvertida com o art.º 12.º, alínea c) do Regulamento (CE) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 2006, relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos.

Entende o JE que não só o legislador europeu não acolheu a figura de publicidade testemunhal feita através depoimentos atribuídos a categorias de profissionais especializados não concretos e não identificáveis. A figura não é igualmente abrangida pelos artigos 17.º do Código de Conduta da ARP e 15.º do Código da Publicidade, ao contrário do que sugere a DANONE a art.º 26.º da queixa, onde refere que “...quando a mensagem assente em “testemunho” ou endosso despersonalizado de uma categoria profissional qualificada (v.g., “pediatras”), pode ainda colocar-se a questão da conformidade com o artigo 15.º (publicidade testemunhal)”.

Na realidade, nos termos do artigo 17.º do Código de Conduta da ARP, sob a epígrafe “Testemunhos”. “...a “Comunicação Comercial não deve reproduzir ou citar qualquer testemunho, recomendação qualificada ou documentação de apoio que não seja genuíno, responsável, verificável e pertinente” (n.º 1) e **“Os testemunhos ou recomendações qualificadas devem ser relacionados com a experiência de quem os presta...”** (n.º 2, negrito e sublinhado do Júri).

Por seu turno, estipula-se no artigo 15.º do Código da Publicidade, que a **“... publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente** ou de

quem ele represente, sendo admitido o depoimento despersonalizado, desde que não seja atribuído a uma testemunha especialmente qualificada, designadamente em razão do uso de uniformes, fardas ou vestimentas características de determinada profissão”. (Negrito e sublinhado do JE).

Considera o Júri que qualquer interpretação que equiparasse a referência a recomendações de categorias profissionais – como acontece no caso em lide - a depoimentos personalizados ligados à experiência do depoente, implicaria uma extensão indevida do âmbito das normas em apreço.

2.2. Da alegada prática de publicidade comparativa

A prática de publicidade comparativa somente é consentida mediante a verificação concreta de determinados requisitos constantes do artigo 16.º do Código da Publicidade, os quais encontram a sua equivalência em sede de autodisciplina, no artigo 15.º do Código de Conduta da ARP, sob a epígrafe “Comparações”.

Alega a DANONE, a art.º 30 da queixa, que o *claim* “Marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal”, apto a identificar implicitamente concorrentes e a sugerir superioridade relativa, pode ainda qualificar-se como publicidade comparativa, ao menos implícita, sujeita às condições do artigo 16.º do Código da Publicidade, incluindo a exigência de comparação objetiva de características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e o ónus da prova a cargo do anunciante. Contradizendo a Requerente, vem a NESTLÉ argumentar, em sede de contestação, que “A alegação em causa (...) não configura, nem pode ser qualificada como publicidade comparativa na aceção jurídica do artigo 16.º do Código da Publicidade” (sic. art.º 77.º), porquanto “...no presente caso não é feita qualquer referência, expressa ou implícita, a marcas concorrentes não são identificados produtos específicos de terceiros e não são comparadas

características concretas, objetivamente mensuráveis, entre produtos concorrentes.” (sic. art.º 79.º).

Analisada a comunicação comercial da responsabilidade da Requerida, conclui o Júri que a mesma não consubstancia uma prática de publicidade comparativa, não só por não ser feita qualquer referência implícita a marcas concorrentes (crf. art.º 77.º da contestação), mas, igualmente, em razão de a dimensão do mercado em causa ser impeditiva de que o chamado consumidor médio, razoavelmente atento, esclarecido e informado² consiga representar na sua mente todas as marcas de leite correspondentes ao segmento em análise, comercializadas em Portugal.

2.3. Da alegada prática de publicidade enganosa de tom exclusivo e da bondade da prova

Concordam as Partes em que a campanha da responsabilidade da NESTLÉ configura uma prática de publicidade de tom exclusivo, atento o *claim* “**Marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal**” (Cfr. art.ºs 3, 11, 24, 27 e 32 da petição, bem como art.ºs 18.º a 26.º da contestação).

Cumpra ao JE lembrar que a publicidade de tom exclusivo constitui uma modalidade de comunicação que a doutrina estrangeira (*maxime* a alemã e a espanhola) tem definido como aquela através da qual “o anunciante pretende excluir da posição que ocupa os restantes concorrentes (...) alcançando uma posição superior à dos seus rivais” (vd. Carlos Lema Devesa in “*La Publicidad de Tono Excluyente*”, Editorial Moncorvo, 1980), limitando-se “a realçar a sua posição de proeminência sem fazer nenhuma referência directa aos seus

² Este, de acordo com o disposto no n.º 5 do artigo 3.º do Código de Conduta da ARP, será o destinatário da publicidade “que possua um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso e detenha uma razoável capacidade de observação e prudência.”

concorrentes.” (vd. Anxo Tato Plaza in “*La Publicidad Comparativa*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, p.50).

Não restam dúvidas de que, quem afirma no contexto das restantes alegações publicitárias (cfr. 1.2.1. supra): “Marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal” pratica publicidade de tom exclusivo.

Ora, à luz do critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tal como acolhido na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, designadamente no acórdão *Gut Springenheide e Tusky* (Processo C-210/96) e reiteradamente seguido no âmbito da autorregulação publicitária, por via do disposto no artigo 3.º, n.º 5 do Código de Conduta, a alegação “**Marca n.º 1 recomendada por pediatras em Portugal**” será interpretada pelo mesmo consumidor médio como **a marca mais recomendada por pediatras em Portugal**, no que a NESTLÉ concorda, designadamente, a art.º 25.º da contestação.

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, nos termos do respetivo artigo 9.º, n.ºs 1 e 2, daquele Código, sob a epígrafe “Veracidade”, “A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa” (n.º1) e “deve proscreever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, directa ou indirectamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser susceptível de induzir, em erro o Consumidor sobre características essenciais do Produto ou que sejam determinantes para influenciar a escolha do Consumidor.” (n.º 2).

Por outro lado, de acordo com o artigo 5.º do referido Código de Conduta, as mesmas devem “...respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável”.

Ora, foi entendido quer pelo legislador português, quer pela União Europeia (cfr. Directivas 84/450/CEE e 97/55/CE), 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 e 11.º, n.º 3 do Código da Publicidade, com a redação introduzida pelo Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março), 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.

Com efeito, nos termos deste último artigo, “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). De igual modo, de acordo com o artigo 10.º, n.º 2, do Código da Publicidade “As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes”.

De onde, constitui posição do Júri a de que impende sobre a NESTLÉ, o ónus da prova da alegação publicitária em lide, tal como é percecionada pelo respetivo destinatário: NAN, a marca mais recomendada por pediatras, em Portugal.

Mais, apesar de não estar a Requerida obrigada a plasmar a identificação de tal prova nos suportes publicitários (ao contrário do defendido pela DANONE a art.º 28.º da queixa), sobre si incumbe a prova de que o *disclaimer* sobre o estudo “HCP Tracker/Novembro 2024 – APLUSA” (associado ao conjunto das alegações publicitárias colocadas em crise, no intuito de lhe emprestar

veracidade), é apto a comprová-la, sob pena de verificação da prática de publicidade enganosa. (Cfr. art.º 18.º da contestação).

Para tal efeito, afigura-se curial salientar que **o sentido de “Marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal” não equivale ao de marca mais vendida ou com a maior quota de mercado no país** e vice-versa, pelo que se concorda com o entendimento da Requerida vertido a art.º 22.º da contestação, no sentido de que “...Importa (...) sublinhar que a referência a “marca n.º 1” se reporta exclusivamente a este indicador específico — recomendação profissional — não correspondendo, nem pretendendo corresponder, a qualquer indicador de vendas ou quota de mercado”.

Em conformidade, entende o JE como espúria, a discussão sobre:

- (i) Qual das marcas concorrentes (NAN da NESTLÉ ou APTAMIL da DANONE) possui a maior quota de mercado (Cfr. art.ºs 5 a 11 da petição e art.ºs 18.º a 26º da contestação);
- (ii) Qual dos referidos estudos juntos aos autos pelas Partes (como Doc. 4 da queixa e docs. 1 e 2 da contestação) deve prevalecer, atenta a respetiva validade temporal.

Com efeito, o que é relevante em termos de prova, cujo ónus impende sobre a NESTLÉ, é o conteúdo do estudo “HCP Tracker/Novembro 2024 – APLUSA”, em ordem a avaliar-se, designadamente, os respetivos universo, amostra, critérios e metodologia, bem como o real significado da expressão ‘recomendação’ e, igualmente, a categoria de produto efetivamente analisada. Por exemplo, se o estudo incide apenas sobre fórmulas de transição “6+ meses”.

Aliás, é a própria Requerida que defende, em sede de contestação, que:

- “...a **alegação em causa encontra-se suportada por estudo de mercado independente** (HCP Tracker, APLUSA), sendo, nessa medida, objetiva, verificável e suscetível de demonstração...” (sic. art.º 18.º);
- “O estudo em questão, de âmbito nacional, foi realizado junto de uma amostra representativa de pediatras em Portugal, com base em critérios objetivos de prática clínica e interação com a categoria, no período mais recente disponível” (sic. art.º 19.º);
- “Trata-se de um estudo de natureza recorrente (*“tracking”*), amplamente utilizado no setor para monitorização da recomendação profissional, o que assegura a robustez e consistência temporal dos resultados obtidos” (sic. art.º 20.º);
- “E os dados evidenciam, de forma consistente, que a marca NAN assume uma posição de liderança ao nível da recomendação por pediatras, designadamente enquanto marca mais frequentemente recomendada” (sic. art.º 21.º).

Contudo, **a NESTLÉ não junta aos autos o referido estudo** “HCP Tracker, APLUSA” (cfr. Docs de 1 a 5 da contestação), ao arrepio do disposto nos artigos 12.º do Código de Conduta da ARP, bem como no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) 1924/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 2006 relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos.

Pela expendido, entende o Júri que os *claims* “marca n.º 1 recomendada por pediatras, em Portugal”, “A pensar no crescimento saudável”, bem com o *disclaimer* “estudo HCP Tracker/Novembro 2024 – APLUSA”, consubstanciam uma prática de publicidade enganosa.

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 NESTLÉ, em apreciação no presente processo, se encontra desconforme com o disposto nos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, 5.º, 9.º, n.ºs 1 e 2 e 12.º do Código de Conduta da ARP, bem como no artigo 6.º, n.º 1 do Regulamento (CE) 1924/2006, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser repostada, seja em que suporte for, - quer na sua totalidade, quer em termos parciais - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE.».

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