

Extracto de Acta

Reunida no décimo nono dia do mês de Setembro do ano de dois mil e vinte e dois, a Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, apreciou o processo nº 4J/2022 tendo deliberado o seguinte.

O Júri apreciou o processo n.º 4J/2022, tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 4J/2022

1. Objecto dos Autos

1.1. Pessoa Singular adiante designada por Requerente, veio apresentar queixa junto do Júri de Ética da ARP (adiante abreviadamente designado por Júri ou JE) contra a LIDL & COMPANHIA (adiante abreviadamente designada por LIDL ou Requerida), relativamente a comunicação comercial a preços praticados pela última e divulgada em suporte folheto e *internet*, tal, por alegada violação dos artigos 11.º e 16.º do Código da Publicidade.

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

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

1.3. Questão prévia

Quer em sede de queixa (cfr. §2), quer de contestação (cfr. art.º 42), o Júri é remetido para a consulta de *sites* da *Internet*.

Ora, nos termos do Regulamento do JE, a este não incumbe investigar quaisquer *sites* para cujo endereço as Partes remetam prova de factos alegados nas suas peças processuais.

Esta é, aliás, uma prática sobre a qual o Júri teve já a oportunidade de se pronunciar, designadamente, no âmbito dos Processos 8J/2009,17J/2009, 2J/2010 e 10/2016 do ICAP.

1.4. Dos factos

A LIDL é responsável por uma comunicação comercial traduzida por folhetos publicitários, também divulgados em suporte *internet*, dos quais constam cópias de recibos de compras efetuadas em loja da Requerida e em pontos de venda de dois dos seus concorrentes. (Cfr. documentos de 3 a 5 juntos à queixa e documentos 1 e 2 juntos à contestação, todos, em suporte digital).

A análise da queixa, da contestação e dos documentos juntos aos autos pelas Partes permite concluir que a comunicação colocada em crise é consubstanciada pelas seguintes alegações publicitárias:

- (i) “**Quem compra no sítio certo parece logo mais esperto**”;
- (ii) “**Compare e comprove**”;
- (iii) “**Imagens de recibo de compra na LIDL e em dois pontos de venda da concorrência, os quais permitem visualizar os preços de produtos alimentares alegadamente semelhantes**”,

e pelo *disclaimer*: “**comparativo efetuado com base em compras reais, feitas no dia 19 de Julho de 2022**”. (Cfr. Doc. 5 da queixa e doc. 2 da contestação).

1.5. Das alegações das Partes

1.5.1. Entende a Requerente, em sede de queixa, que a comunicação comercial da responsabilidade da Requerida traduz um caso de publicidade comparativa ilícita, porquanto, alegadamente, se encontra em desconformidade com vários dos requisitos estabelecidos nos preceitos legais que regulam tal prática - sendo, designadamente, enganosa -

alegando, em síntese, que “...prestando atenção aos artigos comparados nos diversos talões e aos preços publicitados, verifica-se que a publicidade não é verdadeira, uma vez que os preços indicados, em alguns casos, não correspondem à realidade ou comparam entre produtos que, pelas suas características, não podem ser comparados, o que se terá feito com o intuito de iludir os Consumidores menos atentos”. (Cfr. §4).

1.5.2. Contraditando a argumentação da Requerente defende a LIDL, em sede de contestação, a legalidade e a ética da sua comunicação comercial argumentando, nomeadamente, que:

- (i) “...Não identificando a LIDL as Marcas Concorrentes no presente Comparativo, (...) estamos perante uma modalidade de Publicidade Comparativa implícita, nos termos previstos na Lei (...) dependente da verificação, pelos operadores económicos, dos limites impostos pelo art.º 16 do Código da Publicidade, em especial, os previstos no n.º2, que obrigam a que a iniciativa publicitária respeite determinadas condições, das quais se destaca: a) *Não seja enganosa, nos termos do artigo 11.º;* b) *Compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos;* c) *Compare objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço*” (sic. art.º 58);

- (ii) “...é enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor” (sic. art.º 64), acrescentando que, “...a este respeito não poderá deixar de se considerar que a LIDL tomou as diligências necessárias de forma a acautelar que não induziria o consumidor em erro, nem potencialmente, tendo aliás incluído uma mensagem de forma bastante clara na comunicação comercial referindo: a data da compra e que se trata de uma compra real.” (sic. art.º 65);

- (iii) “A campanha publicitária da responsabilidade da LIDL compara bens que respondem às mesmas necessidades, têm os mesmos objetivos e são vendidos através da mesma metodologia e/ou modelo” (sic. art.º 60), acrescentando que, “Igualmente, a campanha compara objetivamente uma característica – o preço, abstendo-se de efetuar qualquer comparação referente à qualidade dos produtos, de depreciar os produtos dos concorrentes ou de, inclusive, alavancar a sua mensagem na marca dos seus concorrentes.” (sic. art.º 61).

2. Enquadramento e fundamentação ético-legal

2.1. Da alegada prática de publicidade comparativa enganosa e da inversão do ónus da prova

Concordam as Partes em que a comunicação comercial em lide consubstancia uma prática de publicidade comparativa implícita (cfr. §3 da queixa, docs. 1 a 3 a esta juntos e art.º a 57 da contestação) a qual, entre vários *claims* e *disclaimer*, se socorre de uma contraposição entre três recibos de compras efetuadas a 19 de julho de 2022 em pontos de venda da LIDL, da PINGO DOCE (identificado como “supermercado 1”) e da CONTINENTE (identificado como supermercado 2) discordando, porém, quanto à respetiva desconformidade legal. Esta, alegada pela Requerente, apenas no que se refere à comparação entre “preços LIDL” e “preços CONTINENTE”.

A propósito da posição da Requerida, vertida a art.º 14 da contestação, no sentido de que “...o motivo pelo qual a LIDL não identificou, de forma clara e evidente para o Consumidor, as marcas concorrentes alvo do presente comparativo foi exatamente por não pretender denegrir a imagem destas Concorrentes mas, pelo contrário, focar-se em enaltecer a sua própria Marca e competitividade”, importa ao Júri contrapor que uma comunicação comercial não se torna denegridora pelo facto de se praticar publicidade comparativa

explícita, desde que o anunciante cumpra, escrupulosamente, o quadro ético-legal que lhe é aplicável, concretamente, o disposto nos artigos 15.º do Código de Conduta da ARP e 16.º do Código da Publicidade.

Nos termos do mesmo artigo 15.º - sob a epígrafe "Comparações", é "...comparativa a comunicação comercial que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente" (n.º1) e a mesma "...não deve (...) ser enganosa" (n.º2, alínea a)), normas que se encontram em consonância com o artigo 16.º n.ºs 1 e 2, alínea a) do Código da Publicidade. A moldura deste último aplica-se ao caso vertente por virtude de se dispor 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" (negrito e sublinhado do JE) sendo que, de acordo com o artigo 5.º do mesmo Código, as mesmas devem "...respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável".

Ora, foi entendido quer 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, 11.º, n.º 3 e 16.º, n.º 5 do Código da Publicidade) nos termos da qual **se presumem inexatos os dados referidos pelo anunciante na falta de apresentação de provas ou na insuficiência das mesmas**, no que, aliás, o articulado do artigo 12.º do Código de Conduta da ARP se encontra em consonância, **pelo que impende sobre a LIDL, o ónus da prova das alegações publicitárias em lide**.

Com efeito, nos termos do referido artigo 12.º, "As descrições, alegações ou ilustrações relativas a factos verificáveis de uma comunicação comercial, devem ser suscetíveis de comprovação" (n.º 1) e "Esta comprovação deve

estar disponível de maneira que a prova possa ser prontamente apresentada por mera solicitação da ARP” (n.º 2).

2.1.1. Da percepção do consumidor médio sobre os preços praticados pela LIDL

Alega a Requerente na sua queixa que “No talão do Lidl consta Atum Posta ao Natural 120g NIXE ao preço de 0.85, fazendo crer que aquele preço é o normalmente praticado para o referido produto, sem qualquer promoção. Contudo, o preço normal do Atum Posta ao Natural 120g NIXE nas lojas do Lidl é de o de 0.99” (sic. §4), acrescentando que, no “... dia 19 de julho de 2022, aquele artigo estava à venda na loja LIDL de Torres Vedras, em promoção, pelo preço de 0.85, sendo o ser preço normal o de 0.99” e que, “... o LIDL pretende fazer crer que o preço normal do produto é 0.85, quando tal preço só é praticado quando o produto se encontra à venda com promoção”. (sic. §5).

Mais, denuncia a Requerente que, no “... dia 19/07/2022, o produto Puré de Batata Noz Moscada 1kg Harvest Basket estava à venda, na loja LIDL de Torres Vedras, ao preço de 1.79 e não ao preço de 1.59 como erradamente fazem constar no talão utilizado na publicidade, havendo uma diferença de 0.20” afirmando tratar-se de “Mais um caso de publicidade enganosa” (sic. § 6).

De onde se torna curial a averiguação sobre qual a mensagem percebida pelo destinatário da comunicação comercial da responsabilidade da Requerida, quando com a **totalidade** da mesma confrontado. Ora, em coerência com decisões anteriores e com o próprio Código de Conduta da ARP (cfr. artigo 3.º, n.º 5) continua o Júri a sustentar que, quanto a tal definição, se deve aceitar a jurisprudência comunitária do Tribunal de Justiça sobre o quadro de interpretação da Directiva 84/50/CEE consignada no

Acórdão proferido no Processo C-220/98, no qual se declarou que “...para se determinar se uma denominação, marca ou indicação publicitária é ou não enganosa, se deve ter em conta a presumível expectativa de uma consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido (v.g. Acórdão de 16 de Julho de 1988, Gut Springenheide e Tusky, C-210/96, Colec., p I-4657, n.º 31)”.

Analisada a comunicação comercial objeto da questão controvertida, bem como os documentos juntos aos autos, entende o Júri que o respetivo destinatário – entendido de acordo com a aceção que ficou referida – perceberá que os preços constantes da publicidade praticados pela LIDL são iguais em todos os seus pontos de venda e, pelo menos, durante o período de duração da respetiva campanha, porquanto os talões de venda, objeto de comparação, se encontram associados aos *claims*:

- (i) “**Quem compra no sítio certo parece logo mais esperto**” (cfr. docs. 3, 4 e 5 da queixa);
- (ii) “**E compre produtos com o mesmo preço em todo o país**” (cfr. doc. 3 da queixa);
- (iii) “**No Lidl vai sempre encontrar a melhor qualidade ao melhor preço. Seja esperto e veja quanto pode poupar. Compare e comprove**” (cfr. doc. 5 da queixa);

perceção essa que não ficará prejudicada, nem será contrariada, pelo *disclaimer* “**comparativo efetuado com base em compras reais, feitas no dia 19 de Julho de 2022**” (cfr. doc. 5 da queixa e doc. 2 da contestação), na medida este apenas permite o entendimento de que a compra é real, num determinado dia, e não mais do que isso.

De facto, tal como é defendido pela Requerida, “...apesar de ficar absolutamente claro na Comunicação Comercial que o presente Comparativo é “*efetuado com base em compras reais, feitas no dia 19 de Julho de 2022*” (sic.

art.º 16 da contestação) não é de todo evidente nem credível que o destinatário da mensagem, por via de tal *disclaimer*, interiorize que os alegados preços mais baixos do que os dos concorrentes o foram, somente, naquela data, mas não em todas as lojas da LIDL e, ou, que constituíram promoções, nalguns casos.

Consequentemente, conhecedora da denúncia da Requerente, a Requerida não se poderia ter ficado por apenas afirmar, em sede de contestação, que “...não é verdade que os preços praticados pela LIDL não sejam os “normalmente” praticados” e que, “Ainda que a normal oscilação dos preços possa existir, em momento algum, são utilizados preços que não correspondam à verdade ou relativos a produtos que tenham sido colocados em Promoção especificamente para este efeito” (cfr. art.º 16), mas sim, teria que ter produzido prova da veracidade das alegações publicitárias percebidas pelo destinatário, nos moldes que ficaram expostos, e de acordo com o ónus da prova que sobre si recai. O que não fez.

Em coerência com o expandido, no tocante aos “preços LIDL” relativos ao “Atum Posta ao Natural 120g NIXE” e ao produto “Puré de Batata Noz Moscada 1kg Harvest Basket”, a Requerida praticou publicidade comparativa enganosa, por desconformidade com o disposto nos artigos 4.º, n.º 1, 5.º, 9.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), 12.º e 15.º, n.º 2, alínea a) do Código de Conduta da ARP e 10.º, 11.º do Código da Publicidade, este, com a redação introduzida pelo artigo 7.º, n.º 1, alínea d) do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março, bem como com o artigo 16.º, n.º 2. alínea a) e n.º 5, do último código referido.

2.1.2. Da comparação entre preços de géneros alimentícios cuja quantidade de aquisição satisfaz necessidades diferentes

Alega a Requerente, em sede de queixa, que “No talão do Lidl que consta na publicidade, é indicado o produto Croissant Brioche 1 unid. marca própria ao preço de 0.65. No talão do Continente (Supermercado 2), o Croissant Brioche

1 unid. marca própria consta com o preço de 0.69, criando a ideia errada que compensará comprar o LIDL (...) porque, nas lojas Continente existe um Pack Económico de Croissant Brioche 5 + 1 oferta ao preço de € 3.25, o que permite comprar cada unidade ao preço de 0.54”, acrescentando que, “...comprando o PACK disponível nas lojas Continente, os Consumidores conseguem comprar cada unidade de Croissant Brioche mais barato em 0.11 do que nas lojas LIDL” (sic. §7).

Segundo o disposto no artigo 15.º, n.º 2, alínea b), do Código de Conduta da ARP, na “...Comunicação Comercial comparativa, a comparação deve (...) identificar apenas bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos”, norma que vai ao encontro da redação do artigo 16.º, n.º 2, alínea b) do Código da Publicidade.

Em conformidade, considera o Júri não assistir razão à Requerente, por virtude de a aquisição de um pack de seis unidades, em vez de uma só unidade de um género alimentício, não ser de molde a satisfazer necessidades iguais, pelo que a LIDL não deveria proceder à contraposição pretendida pela mesma Requerente. O que não fez, aliás.

Tal pretensão, a ter ocorrido, equivaleria ao absurdo de obrigar um consumidor a fazer uma despesa de € 3.25, quando lhe interessasse obter um só *croissant* brioche passível de ser comprado à unidade.

Assim sendo, concorda o Júri com a LIDL no que tange ao por esta argumentado na contestação, no sentido de que “Estando em causa uma comparação direta de produtos, importa que o produto a comparar seja idêntico nas duas marcas e, como tal, não se poderá comparar um produto vendido à unidade com um produto que integre um *pack*” (sic. art.º 31).

2.1.3. Da alegada comparação entre preços de géneros alimentícios que possuem características representativas diferentes

Afirma a Requerente que “Outra comparação feita entre produtos incomparáveis é quando no talão do LIDL publicitado surge o produto Hambúrguer de Frango 460g marca própria ao preço de 2.99 e no talão do Continente (Supermercado 2) consta o Hambúrguer de Frango 460g marca fornecedor ao preço de 3.55” questionando se “É correto fazer comparação de preços entre artigos de marca própria e artigos de marca fornecedor???” e alegando que “...não, sendo do conhecimento comum que os primeiros são sempre mais baratos.” (Cfr. §9).

Não está neste momento em análise o requisito ético-legal de “satisfação de necessidades idênticas”, mas, sim, de “características pertinentes e representativas” de produtos cujos preços sejam objeto de publicidade comparativa, ao contrário do alegado pela LIDL a art.º 49 da contestação.

Com efeito, dispõe-se no artigo 15.º, n.º 2, alínea c) do Código de Conduta da ARP que, na “...Comunicação Comercial comparativa, a comparação deve (...) referir-se objetivamente a uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço, requisito que também se encontra consignado no artigo 16.º, n.º 2, alínea c) do Código da Publicidade.

Constitui posição do Júri que, a contraposição entre o preço de um género alimentício de “marca própria” e o preço de um de “marca fornecedor” consubstancia uma comparação impertinente entre produtos com características representativas diferentes, porquanto segundo estudos em matéria de teorias sobre *branding* e, ou, gestão de marcas, aquelas possuem atributos de credibilidade e de confiança percebidos de modo diverso por parte do destinatário da publicidade, em geral, e do consumidor, em particular.

A propósito, defende a Requerida, em sede de contestação, "...que o produto em questão é comercializado pelo Supermercado 2 em condições equivalentes aos produtos de marca própria da LIDL e de outros concorrentes, não tendo a LIDL optado pela seleção de marcas de maior reputação, desalinhadas das condições comerciais existentes para os produtos de marca própria". (cfr. art.º 47) e que "... no Supermercado 2, identificado pela Queixosa como o Continente, não existe produto de marca própria "Hambúrguer de Frango", 460g, pelo que foi utilizado o produto equivalente, vendido nas mesmas condições, por esse mesmo supermercado. (cfr. art.º 46). A colher tal desiderato, a Requerida deveria ter junto aos autos a inerente prova, de acordo com os artigos 12.º do Código de Conduta da ARP, sobretudo se se ponderar a circunstância de no talão de venda da comunicação comercial em lide – identificado como "supermercado 2" – o género alimentício em causa não se encontrar descrito através da "marca fornecedor" concreta escolhida como objeto de comparação. (Cfr. docs. 1 a 3 da queixa). Tal não permite, sequer, a comprovação do sustentado pela LIDL a art.º 48 da contestação.

Em conformidade com o exposto, neste tocante, a comunicação comercial da responsabilidade da Requerida encontra-se desconforme com os artigos 12.º, 15.º, n.º 2, alíneas a) e c) do Código de Conduta da ARP e 16.º, n.º 2, alíneas a) e c) do Código da Publicidade.

2.1.4. Da comparação entre preços de géneros alimentícios com zonas geográficas de captura diferentes

Alega a Requerente, na sua queixa, que a "... Sardinha 1kg Ocean Sea consta no talão LIDL utilizado na publicidade ao preço de 3.29, enquanto no talão do Continente (Supermercado 2) consta Sardinha 1kg marca própria ao preço de 6,49", vincando que, **"Todavia, tais produtos não podem ser comparados porque têm zonas de captura diferentes e isso, como é do**

conhecimento comum, é um fator influenciador do preço de venda". (Cfr. §8, negrito e sublinhado do Júri).

No contexto de uma prática de publicidade comparativa, os espartilhos ético-legais (designadamente, em matéria de clareza da mensagem) apesar de irem muito para além da necessidade de observância do princípio da veracidade em matéria de comunicações comerciais, o certo é que o abrangem. Com efeito, o seu não cumprimento determina a susceptibilidade de indução em erro do destinatário do referido tipo de comunicação comercial e, logo, uma inobservância do princípio da veracidade, com a consequente aplicação do disposto no artigo 16.º, n.º 5 do Código da Publicidade, segundo o qual "O ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa recai sobre o anunciante".

É assim que, nos termos do artigo 15.º, alínea g) do Código de Conduta da ARP, na "...Comunicação Comercial comparativa, a comparação deve (...) referir-se, em todos os casos de Produtos com denominação de origem, a Produtos com a mesma denominação", normativo que se encontra em consonância com o disposto no artigo 16.º, n.º 2, alínea f) do Código da Publicidade.

Na realidade encontra-se ora, em lide, uma prática de publicidade comparativa entre preços de produtos com zonas de captura diferentes, conforme a própria Requerida admite na sua contestação ao afirmar que, gostaria de "... deixar claro que, **para efeitos de Comparativo a LIDL não se focou na Zona de Pesca do produto em concreto**, mas sim, no calibre e espécie do produto que, salvo melhor consideração, serão os fatores críticos a considerar quando comparados dois artigos desta espécie," tendo, "... neste caso, sido utilizada a Sardina Pilchardus para realização do Comparativo" (sic. art.º 38, negrito e sublinhado do Júri). Tal opção da Requerida de não atender ao requisito ético-legal referente a zona geográfica de captura para efeitos da comparação

estabelecida não é, aliás, passível de ser contrariada quer pela argumentação tecida de art.ºs 36 a 43 da contestação, quer pelo teor do doc. 3 à mesma junto quer, ainda, pelo mapa constante do respetivo art.º 39.

Com efeito, a aceitar-se a bondade da prova constante do referido doc. 3 da contestação (que certifica a *Sardina pilchardus* como MSC Selvagem Atlântico Nordeste (FAO 27): Sul da Baía da Biscaia e Águas Portuguesas Pesca de Cerco Atlântico Este Central (FAO 34): Marrocos e Mauritânia Arrasto de Portas Pelágico Mar Mediterrâneo (FAO 37): Mar Egeu, Mar de Alboran, Sul da Sicília e Norte do Mar Adriático; Atlântico Este Central (FAO 34): Marrocos e Mauritânia Pesca de Cerco), imponderaria sobre a LIDL o ónus de verificação e de comprovação de que o tipo de sardinha vendido pela CONTINENTE, objeto de comparação, possui uma certificação abrangida pelas zonas definidas no documento em apreço. Ora, tal prova não foi produzida por parte da Requerida.

O Júri considera assim, que, no que diz respeito à comparação entre preços do género alimentício sardinha, a comunicação comercial em lide se encontra desconforme com o disposto nos artigos 4.º, n.º 1, 9.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), 12.º e 15.º, n.º 2, alínea g) do Código de Conduta da ARP e 16.º, n.º 2, alínea f) do Código da Publicidade.

2.2. Conclusão

Em coerência com o que se expendeu nos pontos anteriores, conclui o Júri que a comunicação comercial da responsabilidade da Requerida – com a exceção referente ao requisito de comparação entre produtos que satisfazem necessidades iguais invocado a propósito do género alimentício *croissant brioche* - se encontra em desconformidade com o quadro ético legal em matéria de princípio da veracidade e de prática de publicidade comparativa.

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 LIDL veiculada em suporte folheto e *internet* - em apreciação no presente processo -, se encontra desconforme com os artigos 4.º, n.º 1, 5.º, 9.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), 12.º e 15.º, n.º 2, alíneas a), c) e g) do Código de Conduta do ARP e 10.º, 11.º do Código da Publicidade, este, com a redação introduzida pelo artigo 7.º, n.º 1, alínea d) do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março, bem como com o artigo 16.º, n.º 2. alíneas a), c) e f) e n.º 5 do último código referido, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser reposta - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurado pelo JE. ».

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