

EXTRACTO DE ACTA

Reunida no décimo nono dia do mês de julho do ano de dois mil e vinte e três, a Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária apreciou o processo nº 2J/2023, tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 2J/2023

1. Objeto dos Autos

1.1. A ASA – ADVERTISING STANDARDS AUTHORITY (adiante abreviadamente designada por ASA), intervindo no âmbito de queixas transfronteiriças veio, junto do Júri de Ética da ARP (adiante abreviada e indiferenciadamente designado por Júri ou JE), reencaminhar queixa de Pessoa Singular (adiante abreviada e indiferenciadamente designada por Queixosa ou Requente) contra **VELVET UNICORN, LDA.** “Hey Harper Shop” (adiante abreviada e indiferenciadamente designada por Hey Harper ou Requerida), relativamente a comunicação comercial a roupas e acessórios, veiculada através de suporte *internet*, concretamente, na versão britânica do *website* da última.

1.1. Tendo sido notificada para o efeito, a Hey Harper apresentou contestação.

Dão-se por reproduzidos a queixa, a contestação e os documentos traduzidos por *print screens* das peças publicitárias, juntos pelas Partes.

1.2. Questão prévia

Alega a Requerida, em sede de contestação, que “...é a qualidade de membro que subordina uma determinada pessoa às regras contidas nos normativos da ARP” (sic. art.º 5.º) que, “Assim, apenas os membros são obrigados a acatar as regras do Código de Conduta, dos Estatutos e do Regulamento do JE” (sic. art.º

6.º), “...sendo que é apenas em relação a estes membros que a ARP possui legitimidade para punir as suas condutas” (sic. art.º 7.º) e que, “...a Arguida não é, nem nunca foi, associada da ARP, pelo que não tem a ARP legitimidade para punir quaisquer condutas que considere contrárias aos seus normativos.” (sic. art.º 8.º). De onde retira a Requerida a conclusão no sentido de que, “... não sendo (...) membro da ARP, não será vinculada pelas decisões do Júri de Ética” (sic. art.º 10.º) e de que, “Destarte, deverá o Júri (...) abster-se de continuar com o presente procedimento.” (sic. art.º 11.º).

O JE assim não o entende.

Com efeito, no que tange à posição da Requerida, cumpre ao Júri esclarecer que, não obstante não ser a Hey Harper associada da ARP, importa ter presente, designadamente, que muitos dos meios de comunicação de campanhas publicitárias o são, pelo que o respetivo Júri de Ética é materialmente competente para proferir a decisão e vincular a mesma Requerida quanto ao conteúdo decisório emanado. Com efeito, de par com o normativo que a própria Hey Harper cita em sede de contestação (cfr. art.º 9.º), resulta do disposto no artigo 30.º do Código de Conduta do ICAP que tal conteúdo é comunicado às Partes e vincula os meios de comunicação das ditas campanhas, no que respeita às decisões de cessação e, ou, de não reposição nesses ou noutros suportes.

.

Tal como ficou referido nas Decisões dos Processos 13J/2010 e 10J/2014, “...o efeito pretendido - célere, válido e eficaz - das deliberações do Júri é o de que, findo o prazo de recurso e efectuadas as devidas notificações, se verifique a cessação – ou não - da publicidade que o JE tenha apreciado à luz do Código de Conduta, sendo tal deliberação (auto) vinculativa para os membros” da ARP.

Por outro lado, não devem ser descuradas as importantes componentes didática e pedagógica das deliberações do JE quando, do ponto de vista da ética publicitária, procede à análise de uma comunicação comercial.

Em conformidade com o exposto, o Júri pronunciar-se-á sobre o mérito dos autos.

1.3. Dos factos

A 27 de maio de 2023 encontrava-se em divulgação na versão britânica do *site* de *internet* da Hey Harper uma campanha publicitária da sua responsabilidade, traduzida por uma oferta “**até 30% de desconto**”, e pelo *slogan* “**compre 2 e leve 1 grátis**”, alegações publicitárias essas, associadas a um *banner* com uma **contagem regressiva “ao vivo” de dias, horas, minutos e segundos até ao fim da promoção**. (Cfr. Queixa, documentos juntos e art.ºs 12.º e 14.º da contestação).

1.4. Das alegações das Partes

1.4.1. Alega a Requerente, em sede de queixa, que “The website has an ‘up to 30% off and buy 2 get 1 free’ offer that appears in a banner on the top of the website, and which includes a ‘live’ countdown of days, hours, minutes and seconds. It makes it appear that the offer has lasted for days and is time limited, but the timer actually resets itself at midnight every night. The ‘days’ count is always 0. I rushed a purchase (and bought more than I had originally intended) thinking this was a time limited offer, but then cancelled it when I realised it was falsely stating the offer was time limited. In reality, the products are always on ‘offer’”.

1.4.2. Contraindicando a posição da Requerida, vem a Hey Harper defender, na sua contestação que, “diz a Queixosa que a contagem decrescente recomeçaria à meia-noite, todas as noites, pelo que seria falso que a dita promoção era limitada temporalmente” (sic. art.º 13.º), que, “... a promoção supramencionada existia à data dos factos, que era uma promoção limitada temporalmente e que a contagem decrescente efetivamente refletia o tempo restante da promoção” (sic. art.º 14.º) que, “A promoção em causa incidia sobre um conjunto predeterminado de produtos, apenas disponível nesse dia” (sic. art.º 15.º) e que, “Quando o relógio reiniciou a contagem, o cabaz de produtos abrangido pela promoção mudou, pelo que, ao contrário do que a Queixosa quer fazer parecer, não se tratava da mesma promoção, mas de outra completamente diferente” (sic. art.º 16.º), pelo que “Tratou-se apenas de um mero lapso de *software*, que não permitiu que fosse especificada a categoria de produtos englobada na promoção e que foi prontamente corrigido logo após a sua deteção.” (sic. art.º 17.º).

2. Enquadramento ético-legal

2.1. Da alegada prática de publicidade enganosa

Em contexto de comércio eletrónico e em conformidade com a cláusula do mercado interno estabelecida no artigo 3.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho – aquela, também apelada de “princípio do país de origem” -, os prestadores de serviços da sociedade da informação estão sujeitos à legislação do Estado-membro da União Europeia no qual se encontram estabelecidos e, não, às diferentes legislações dos Estados-membros nos quais os seus serviços são prestados. É esse, igualmente, o princípio aplicável na auto-regulação da comunicação comercial, nos termos do Código de Conduta da ARP, ao estabelecer que “No âmbito da auto-regulação, prevalecem as regras do país de origem.”. Em conformidade, a publicidade ora

em lide deverá ser apreciada à luz das normas legais do país de origem do anunciante, ou seja, do ordenamento jurídico português.

A questão controvertida assenta na denúncia por parte da Requerente feita no sentido de que, a 27 de maio de 2023, a oferta em produtos concretos “até 30% de desconto” e o *claim* “compre 2 e leve 1 grátis” divulgados, se encontravam associados a um *banner* colocado na parte superior do *site* da Requerida que incluía uma contagem regressiva “ao vivo” de dias, horas, minutos e segundos, o que permitia o entendimento por parte do destinatário de que a promoção teria um tempo limitado, o que, logo, teria influenciado a decisão de compra antes de tal limite previsível, expectativa que se baseou em pressupostos enganosos, porquanto a dita contagem regressiva pararia, sempre, à meia-noite, voltando o cronómetro a “zeros”. Tal, fez com que a contagem de dias divulgada nunca tivesse chegado a acontecer, já que os referidos produtos concretos estariam em promoção todos os dias e, não, dentro de uma janela de tempo limitada. Em sua defesa, começa por alegar a Requerida, na sua contestação, que “...desde já se diga que a promoção supramencionada existia à data dos factos, que era uma promoção limitada temporalmente e que a contagem decrescente efetivamente refletia o tempo restante da promoção.” (sic. art.º 14.º) e que, “... incidia sobre um conjunto predeterminado de produtos, apenas disponível nesse dia.” (sic. art.º 15.º).

Mal compreende o Júri a argumentação da Hey Harper.

Com efeito, se a promoção de produtos concretos em causa teve o tempo limitado de um só dia, a contagem temporal regressiva “máxima”, a divulgar, deveria ter sido de “horas” e, não, de “dias”, de forma a que, “instintivamente”, fosse entendível pelo consumidor médio, razoavelmente atento, esclarecido e informado¹, que a promoção duraria somente 24 horas. Não mais do que isso.

¹ 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.”

De facto, não se contabilizam “dias” quando a contagem seguinte às 23 horas, 59 minutos e 59 segundos é de zeros e, não, de um dia. Dito de outra forma, o cronómetro nunca poderia contabilizar “dias”, sob pena de existir uma suscetibilidade de indução em erro sobre a janela real de tempo de promoção e, logo, de “compra apressada”, para usar a expressão da própria Hey Harper vertida a art.º 12.º da contestação.

De onde, acaba por ser despicendo o argumento da Requerida no sentido de que “Quando o relógio reiniciou a contagem, o cabaz de produtos abrangido pela promoção mudou, pelo que, ao contrário do que a Queixosa quer fazer parecer, não se tratava da mesma promoção, mas de outra completamente diferente” (sic. art.º 16.º) quando, afinal, nem sequer mudou, o que, segundo a Hey Harper se tratou “...apenas de um mero lapso de *software*, que não permitiu que fosse especificada a categoria de produtos englobada na promoção...” (sic. art.º 17.º).

Na realidade, o que é curial é a circunstância de o “reinício da contagem não ter sido de dias e, sim, de horas, a fazer valer as alegações da Requerida de art.ºs 14.º a 22.º da contestação, bem como o de ser cristalino o facto de o objeto dos presentes autos ser o de uma “promoção de venda” à luz do quadro normativo do II Capítulo – A, do Código de Conduta da ARP, nos termos do qual:

- (i) “As Promoções de Vendas devem ser geridas com os recursos e supervisão considerados necessários e adequados, incluindo as precauções apropriadas para assegurar que a gestão da Oferta vai ao encontro das legítimas expectativas razoavelmente criadas nos Destinatários.” (Artigo A2);
- (ii) “As Promoções de Vendas devem ser apresentadas de forma a assegurar que seja colocada à disposição dos Destinatários, antes da decisão de aquisição, em qualquer Meio, como por exemplo o sítio na Internet, todas e quaisquer

condições que de alguma forma possam afectar a sua decisão de compra.” (Artigo A4, n.º 1);

- (iii) “A informação deve conter, sempre que for relevante e adequado ao suporte (...) instruções claras sobre o método de obter ou participar na Oferta promocional...” (Artigo A4, n.º 2, a), bem como “qualquer prazo fixado para aproveitar...” a mesma oferta.” (Artigo A4, n.º 2, b);

- (iv) “Sempre que se revele adequado e necessário, devem ser prestadas informações relevantes aos Intermediários, tais como datas de encerramento ou de prazos-limite das Ofertas promocionais.” (Artigo A5).

De acordo com o exposto, conclui o Júri pela desconformidade da comunicação comercial da Requerida com o quadro normativo citado, bem como com o consignado no n.º 1 do artigo 4.º do Código de Conduta da ARP, sob a epígrafe “Princípios Fundamentais”, segundo o qual, “Toda a Comunicação Comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira” e com o disposto no artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 do mesmo Código, sob a epígrafe “Veracidade”, onde se dispõe que “A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa” (1) e “deve proscrever 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...(2)”.

Mais, não pode o Júri deixar de expressar o seu desacordo em relação ao alegado a art.º 22.º da contestação, no sentido de que “avaliada a situação, o reinício da contagem naquele dia apenas beneficiou os clientes, que puderam aproveitar a promoção por mais algumas horas, até à deteção do erro.”. Com efeito, a proteção dos destinatários das comunicações comerciais, em geral, e dos consumidores, em particular – concedida pelo quadro ético legal em matéria de princípio da veracidade – abrange a análise de falhas suscetíveis de os induzir

em erro, num dia ou em dias determinados, seja qual for o resultado de tal indução.

2.2. Da bondade da prova apresentada pela Hey Harper

Apesar de admitir a artigos de 14.º a 22.º da contestação que, na realidade, nos dias em que a Requerente foi alvo da comunicação comercial em análise as alegações publicitárias divulgadas na versão britânica do seu *site* eram as que aquela vem denunciar, defende a Requerida que “...não obstante a Queixosa afirmar que a contagem decrescente é reiniciada todas as noites, não juntou qualquer documento que demonstre este reinício constante.”. (sic. art.º 19.º).

A propósito, quer o Júri esclarecer que, *in casu*, se inverte o ónus da prova.

De facto, foi entendido quer pelo legislador português, quer pela União Europeia (cfr. Diretivas 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. atual n.º 3 do artigo 11.º 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 Hey Harper, o ónus da prova das alegações publicitárias em lide, com os significados e parâmetros que ficaram estabelecidos no ponto anterior.

Assim sendo, mas sem prejuízo das conclusões a que o Júri chegou no ponto anterior, compulsada a prova carreada pela Requerida, reduzida a um *print screen* de publicidade veiculada a 14 de julho (cfr. art.º 24.º da contestação), quando os factos remontam a 27 de maio e seguintes, conclui o JE que aquela não logrou comprovar qualquer das suas alegações feitas no sentido de que:

- (i) “...a promoção supramencionada existia à data dos factos, (...) era uma promoção limitada temporalmente e (...) a contagem decrescente efetivamente refletia o tempo restante da promoção.” (sic. art.º 14);
- (ii) “A promoção em causa incidia sobre um conjunto predeterminado de produtos, apenas disponível nesse dia.” (sic. art.º 15.º);
- (iii) “Quando o relógio reiniciou a contagem, o cabaz de produtos abrangido pela promoção mudou, pelo que, ao contrário do que a Queixosa quer fazer parecer, não se tratava da mesma promoção, mas de outra completamente diferente.” (sic. art.º 16.º);
- (iv) “Tratou-se apenas de um mero lapso de *software*, que não permitiu que fosse especificada a categoria de produtos englobada na promoção e que foi prontamente corrigido logo após a sua deteção” (sic. art.º 17.º), “Tendo sido corrigido nesse mesmo dia.” (sic. art.º 18.º);
- (v) “...o site da Arguida tem, por diversas vezes, promoções diferenciadas e, quando essas promoções são temporalmente limitadas, os consumidores são devidamente informados da sua data-limite e dos produtos aplicáveis.” (sic. art.º 20.º);
- (vi) “...avaliada a situação, o reinício da contagem naquele dia apenas beneficiou os clientes, que puderam aproveitar a promoção por **mais algumas horas**, até à deteção do erro” (sic. art.º 22) e “A Arguida (...) corrigiu o erro e restabeleceu a normalidade do site mal se apercebeu da sua falha.” (sic. art.º 23.º, negrito e sublinhado do Júri).

Em conformidade, conclui o JE que a comunicação comercial da responsabilidade da Hey Harper se encontra desconforme com o quadro ético-legal em matéria de princípio da veracidade.

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 Hey Harper, veiculada em suporte *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, 12.º, A2, A4, n.º 2, alíneas a) e b) e A5, todos do Código de Conduta da ARP, pelo que a prática inerente deverá cessar e não deverá ser repostada - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE.».

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