

COMISSÃO DE APELO

Processo n.º 3J/2024

Recorrente
LIDL & COMPANHIA

Recorrida
PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.

1. PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A., (doravante designada como Queixosa ou Recorrida) veio apresentar Queixa junto do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária (JE da ARP), da ARP – ASSOCIAÇÃO DA AUTO REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA, contra **LIDL & COMPANHIA** (doravante designada por 1.ª Requerida ou Recorrente) e também contra MARKTEST – MARKETING, ORGANIZAÇÃO, FORMAÇÃO, UNIPESSOAL, LDA. (2.ª Requerida), relativamente às comunicações comerciais efetuadas no âmbito da campanha publicitária divulgada, sob o título “Está comprovado: O Lidl é o supermercado mais barato”, durante os meses de fevereiro e de março do corrente ano.

A Queixosa alegou, em síntese, que:

- A 1.ª Requerida, com a colaboração da 2.ª Requerida, encontra-se, desde 8 de fevereiro de 2024, a realizar “uma campanha publicitária que, de forma reiterada, tem vindo a ser desenvolvida em violação da legislação aplicável e em clara má-fé”, porquanto tem vindo a divulgar “informações relativas a preços comprovadamente falsas”, tratando-se de uma campanha de publicidade comparativa”, com o título “ESTÁ COMPROVADO: O LIDL É O SUPERMERCADO MAIS BARATO”, e que “foi divulgada através de folhetos em formato físico, disponibilizados nos estabelecimentos LIDL, bem como em suporte electrónico, disponibilizados no website <https://www.lidl.pt>”, padecendo de vários erros e incongruências, desde logo na conceptualização, além de “detalhes da própria comparação que estão errados”;

- Efetivamente, a Queixosa procedeu à verificação dos preços que praticara, nos

estabelecimentos e datas identificados, constatando “que vários preços que foram associados a Pingo Doce na referida comunicação publicitárias não eram verdadeiros”, sendo que “as incorrecções assinaladas supra em matéria de preço foram sempre em benefício da Denunciada LIDL”, “(P)ermitindo-lhe, assim, apresentar diferentes preços finais artificialmente inflacionados, levando a que o seu cabaz de 25 de produtos, por si seleccionados para demonstrar a diferença de preços, seja anunciado com um preço substancialmente mais baixo comparativamente com os produtos da Denunciante.”

- Além disso, é “igualmente incorreta e objetivamente falsa” a afirmação de que “O LIDL É NO MÍNIMO 10% MAIS BARATO”, anunciada na campanha da 1.ª Requerida “com o apoio da Denunciada MARKTEST”;

- A Queixosa “diligenciou no sentido de contactar as Denunciadas, dando conhecimento do exposto supra, alertando para o facto da campanha em apreço estar a ser realizada em violação da lei”, “(T)endo instado as Denunciadas no sentido diligenciarem para a imediata reposição da legalidade e, em especial, de repor a veracidade dos factos junto dos consumidores”;

- Após insistência da Queixosa, “a Denunciada LIDL procedeu em 13 de Março de 2024, à publicação de uma errata, disponibilizada em formato electrónico, no seu website oficial”, mas em “tom jocoso” e sem ter sido difundida nos mesmos meios e suportes utilizados na divulgação da campanha, “prejudicando seriamente a objectividade e finalidade que uma correcção desta natureza assume, tendo por esta via a Denunciada LIDL tentado obter também nesta comunicação uma vantagem que se reputa como censurável”;

- Tendo sido mantida a campanha, através de um novo folheto divulgado para o período de 14 a 20 de março, o qual tem por base a alegada recolha de preços pela MARKTEST em 22 de fevereiro nas lojas “Lidl Caldas da Rainha – São João de Deus, Modelo Caldas da Rainha – Rua Bernardino Pargana e Pingo Doce Caldas da Rainha – Estrada da Tornada)”, resultando da análise do referido folheto que “este apresenta erros grosseiros a propósito da indicação dos preços aplicáveis para 100 g de diferentes produtos constantes da tabela da página 2, revelando uma manifesta ausência de rigor na elaboração”;

- No que diz respeito à conceptualização da campanha, a comparação realizada pela Denunciada, nos termos genéricos em que se desenvolve, “é manifestamente e grosseiramente enganosa”, porquanto “anuncia categoricamente, de forma sistemática, que esta pratica preços pelo menos 10% mais baixos do que os preços praticados pelos restantes agentes económicos com os quais directamente concorre, onde se inclui a Denunciante”, sendo a comunicação “realizada de forma a transmitir a ideia que a Denunciada LIDL é o agente económico que, a nível nacional, pratica preços mais baixos” e que tal informação resulta de “(D)ados analisados pelo Lidl e recolhidos por Markttest”, sendo evidente que com a campanha “a Denunciada pretendeu, *ab initio*, um resultado (alegar junto dos consumidores que é o “Supermercado mais barato”), tendo, para esse efeito, influenciado os meios para o atingir: delinear a composição de conjunto de cabazes ajustado à medida do resultado

pretendido”, procedendo “a uma análise de um universo variado de produtos, optando apenas por selecionar um conjunto reduzido que, no confronto com os produtos dos seus concorrentes, apresentam preços mais competitivos num concreto período temporal”;

- Efetivamente, as comparações circunscrevem-se, por regra, “a um universo de estabelecimentos limitado a apenas três agentes económicos distintos”, em cada uma das localidades escolhidas, “com exclusão de outros concorrentes relevantes existentes no mercado nacional”, «enviesando também a comparação destinada a comprovar a alegação genérica e peremptória de que o “LIDL É O SUPERMERCADO MAIS BARATO”», bem como o “LIDL É NO MÍNIMO 10% MAIS BARATO”»;

- Além de que o dito “cabaz” é constituído “por uma amostra manifestamente reduzida de produtos (por regra, de 25 produtos) face ao total de produtos alegadamente adquiridos, inexistindo qualquer elemento ou indício que sugira que a mesma alegação é válida para os cerca de 90% de produtos igualmente adquiridos e sobre os quais não foi divulgada qualquer informação acerca dos preços aplicáveis pela Denunciada LIDL e dos seus concorrentes”, pelo que “não tem correspondência com a verdade, nem está demonstrado que o LIDL seja efectivamente mais barato do que a concorrência, ou que o seja em pelo menos 10%”;

- A Denunciada Lidl “continua a anunciar, de forma activa e recorrente, através de diferentes meios de comunicação, que está comprovado de que se trata do Supermercado mais barato”, nomeadamente através de spots televisivos, como o que foi divulgado no fim de semana de 16 e 17 de março, em que além da imagem com a alegação “Está comprovado o Lidl é o supermercado mais barato” é ainda reforçado em voz off “E continue sempre a poupar pois está comprovado: o Lidl é o supermercado mais barato”;

- A 2.ª Requerida está “intimamente associada ao desenvolvimento ao próprio conteúdo da campanha, sendo expressamente identificada como sendo a entidade que procedeu à respectiva recolha de preços, incluindo os preços de produtos comercializados por PINGO DOCE”, estando “expressamente identificada nas diversas comunicações publicitárias e perante os consumidores na qualidade de entidade independente e idónea, integrando assim a própria mensagem publicitária, atestando e reforçando junto dos consumidores o rigor, credibilidade e veracidade dos preços recolhidos”, pelo que a conduta da 2.ª Requerida “consistiu, assim, no desempenho de actividade publicitária, conforme esta se encontra definida no art.º 4.º do Código da Publicidade, estando tal actividade abrangida pelo âmbito de aplicação do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária.”

A Queixosa terminou requerendo que “Seja declarada a ilicitude da campanha desenvolvida pelas Denunciantes e, em consequência, seja ordenada a imediata cessação da divulgação da campanha publicitária em curso, nos termos em que esta tem sido feita, em todos os meios e suportes de comunicação.”

Juntou sete documentos, designadamente doc. 1 – folheto referente ao período de 07-03-2024 a 13-03-2024; doc. 2 – Errata do folheto anterior; doc. 3 – folheto referente ao período de 08-02-2024 a 14-02-2024; doc. 4 – folheto referente ao período de 15-02-2024 a 21-02-2024; doc. 5 – folheto relativo ao período de 22-02-2024 a 28-02-2024; doc. 6 – folheto relativo ao período de 29-02-2024 a 06-03-2024; doc. 7 – folheto relativo ao período de 14-03-2024 a 20-03-2024; e um ficheiro com spot publicitário (relativo ao fim de semana de 16 e 17 de março de 2024).

2. A 1.^a Requerida apresentou **Contestação** na qual se defendeu, alegando, em síntese, que:

- A Campanha Publicitária objeto da queixa teve início em fevereiro de 2024 sob o claim *“Está comprovado: O Lidl é o Supermercado mais barato”*, tendo a sua difusão sido efetuada através dos suportes folhetos em formato físico, nas suas lojas, bem como em formato eletrónico, no respetivo website;

- Os folhetos foram “divulgados, em semanas consecutivas, tendo até ao momento sido distribuídos semanalmente 8 folhetos (válidos para as seguintes semanas: de 8 a 14 de fevereiro; 15 a 21 de fevereiro; 22 a 28 de fevereiro; 29 de fevereiro a 6 de março; de 7 a 13 de março; de 14 a 20 de março; de 21 de março a 27 de março; e de 28 de março a 4 de abril)”;

- Sendo que «Os folhetos contêm à cabeça o claim acima referido, convidando de seguida o público a comparar os preços praticados pela LIDL e por outros dois Supermercados concorrentes, não diretamente identificados pela sua firma ou logótipo (o “Supermercado 1” e o “Supermercado 2”) e “comprovar” serem os valores praticados pela LIDL mais baixos que os praticados pelos concorrentes não identificados»;

- Para o efeito “a LIDL recorre a uma comparação feita com base num cabaz de 25 a 30 produtos selecionados entre um conjunto de produtos adquiridos pela Marktest – Marketing, Organização, Formação, Unipessoal, Lda. (doravante designada apenas por “Marktest”) em datas, quantidades e lojas de concorrentes – estando toda essa informação devidamente identificada no rodapé dos folhetos”;

- Os folhetos apresentam o claim *“Quem compara, compra aqui – O Lidl é no mínimo 10% mais barato!”*, seguido de uma tabela comparativa dos preços de cada um dos produtos constantes do cabaz, tendo por referência uma dada unidade de medida, apresentando o somatório total dos preços do cabaz para cada um dos 3 supermercados comparados”;

- “Utilizando o somatório apresentado, o folheto inclui um pódio dos 3 supermercados

concorrentes, indicando o preço do cabaz praticado em cada um dos concorrentes e figurando a LIDL em primeiro lugar, sugerindo assim ser o supermercado cujo cabaz apresenta um preço total mais barato, quando comparado com o dos outros concorrentes”;

- A propósito da alegada divergência de preços dos produtos da Queixosa no Folheto 10, distribuído nas lojas a 7 de março (e no website a partir de 3 de março), “a Queixosa alegou, não demonstrando, que efetivamente o produto em apreço se encontrava a ser vendido na sua loja de Braga no dia 15 de fevereiro de 2024 a um preço distinto do anunciado, não tendo juntado à sua Queixa qualquer comprovativo do preço praticado àquela data por referência aos produtos supra indicados”;

- Apesar disso, a 1.^a Requerida, quando contactada pela Pingo Doce, “tomou as diligências necessárias e que se mostraram exequíveis para rapidamente corrigir o Folheto 10”;

- O Folheto válido para a semana de 14 a 20 de março (Folheto 11) foi divulgado no website da 1.^a Requerida e distribuído nas suas lojas, em 3 de março e 7 de março respetivamente;

- Apesar de a Queixosa alegar que alertou “para o facto de os preços indicados pela LIDL como referentes a alguns dos produtos daquela não corresponderem aos preços reais praticados pela Pingo Doce à data de 22 de fevereiro na loja do Pingo Doce das Caldas da Rainha”, sucede que não fez prova de tais factos, “quer nesta sede, quer fora do âmbito do presente processo”;

- Além das medidas adotadas para correção do folheto 10, foram ainda, na sequência de novo contacto realizado pela Queixosa e “mesmo não tendo sido confrontada com quaisquer comprovativos que sustentem as alegações da Pingo Doce”, adotadas pela 1.^a Requerida novas medidas, procurando “corrigir as inconformidades apontadas pela Pingo Doce”;

- Assim, “Em primeiro lugar, no dia 13 de março, a LIDL, após ter procedido ao redesenho do Folheto 11 que já havia sido disponibilizado, retirou o Folheto 11 de circulação no website www.lidl.pt e publicou uma segunda versão do folheto”, a qual “incluía agora uma errata que procedia à correção da informação constante do Folheto 10 quanto aos preços de venda dos produtos (...) comercializados no hipermercado Pingo Doce de Braga no dia 15 de fevereiro”, reduzindo assim o valor do cabaz associado ao Pingo Doce;

- Não tendo sido possível, “por razões de ordem administrativa e em virtude da demora normal associada ao redesenho gráfico de publicidade de conteúdo e formato idêntico ao supra exposto”, publicar eletronicamente a errata em data anterior a 13 de março;

- Quanto à 2.^a versão eletrónica do folheto 11, em lado algum surge “a referência de que a mesma é o supermercado mais barato em, pelo menos, 10%”, pelo que “não pode assim afirmar-se ter a LIDL de algum modo induzido em erro os consumidores através da divulgação de informação errada e enganosa, tendo a menção em questão sido completamente removida com a publicação da errata”;

- Além disso, “No dia 16 de março de 2023, foi publicada pela LIDL no website www.lidl.pt uma terceira versão do Folheto 11”, sendo retirada a versão anterior, tendo esta nova versão seguido «um modelo e linguagem mais “conservador”, em tom meramente factual», com o que se pretendeu: «(i) Corrigir o tom de linguagem utilizado na errata publicada na Segunda Versão do Folheto n.º 11, a qual a Queixosa qualifica de “jocosos”; (ii) Corrigir eventuais erros constantes da tabela comparativa de preços incluída no Folheto 11, tendo sido alertada pela Pingo Doce para os alegados erros»; optou ainda a 1.ª Requerida por não colocar, neste novo folheto, a tabela comparativa de preços, tendo, pelas alterações introduzidas, eliminado “quaisquer erros que pudessem ser imputados à mesma, constantes, quer do Folheto 10, quer do Folheto 11”, facto que “fortemente evidencia a boa-fé e vontade da LIDL no sentido de repor eventuais inconformidades e ilegalidades detetadas no decorrer da Campanha Publicitária”, o que demonstra que a 1.ª Requerida orienta “a sua conduta em cumprimento dos princípios normativos aplicáveis à publicidade que leva a cabo”;

- Além das erratas, adotou ainda a 1.ª Requerida outras medidas para “corrigir” eventuais incorreções verificadas na informação constante do Folheto 10 e Folheto 11, e que se consubstanciam, após os contactos da Queixosa, na retirada imediata e na destruição das cópias físicas do Folheto 10 e depois do Folheto 11;

- Adicionalmente, a 1.ª Requerida procedeu à retirada e não colocação de cartazes das montras das lojas, à divulgação das erratas nas redes sociais e à publicação da errata no “Folheto físico 13/2024 referente à semana de 28 de março a 3 de abril de 2024” o qual “foi exposto nas lojas LIDL a partir do dia 28 de março de 2024, incluindo o mesmo uma errata em moldes semelhantes à que já havia sido divulgada desde o dia 13 de março de 2023 em formato eletrónico, com a Segunda Versão do Folheto 11”, tendo sido impossível o envio para as lojas destes folhetos impressos em data anterior, pelo elevado número de exemplares a imprimir, a sua distribuição por todo o País e os timings de envio para a gráfica (duas semanas de antecedência);

- Assim, a sua campanha não pode ser considerada enganosa, tratando-se apenas de publicidade superlativa, constituindo o claim “uma comparação generalista, sem vocação para induzir o consumidor em erro nem constituir sequer desinformação prejudicial”, considerando que não cria “expectativas falsas nos consumidores, pelo que a sua veracidade não tem de ser comprovada”, cumprindo a campanha todos os requisitos previstos no art. 16.º do Código da Publicidade quanto à publicidade comparativa.

A 1.ª Requerida terminou requerendo que a Queixa fosse julgada improcedente, por não provada, e, conseqüentemente, a LIDL absolvida de todos os pedidos contra si formulados.

Juntou 4 documentos (os folhetos referidos na sua Contestação).

Por sua vez, a 2.^a Requerida também apresentou a sua **Contestação**, em que se defendeu, no que ora importa, alegando designadamente que:

- Refuta a queixa na parte que lhe diz respeito, desde logo por não conhecer na totalidade os factos e outros porque não correspondem à verdade;

- A sua ligação à 1.^a Requerida consistiu numa prestação de serviços para a qual foi contratada, traduzindo-se na aquisição de produtos em determinados estabelecimentos comerciais e entrega dos mesmos, bem como de informação evidenciando o respetivo preço, à LIDL;

- A 2.^a Requerida não teve qualquer influência na informação constante da publicidade da 1.^a Requerida, sendo completamente alheia quanto à seleção dos produtos que compõem o “cabaz”, não tendo discricionariedade na seleção dos produtos cuja recolha de preços efetua, tendo-se limitado a reunir a informação solicitada;

- Portanto, “a MARKTEST não teve qualquer tipo de participação ou envolvimento na comunicação comercial (publicidade) veiculada, tendo-se limitado a executar atividades que são prévias àquela comunicação, por via da compra de produtos e entrega da informação a que estava contratualmente vinculada”, “não levou a cabo qualquer atividade publicitária em causa no presente processo”, nem “a publicidade em causa foi realizada pela, ou no interesse da MARKTEST”, que «não esteve envolvida na conceção, criação, produção, planificação ou distribuição da publicidade em causa, limitando-se – como aliás resulta claramente da “nota técnica” incluída nessa publicidade – a adquirir os produtos nos diferentes estabelecimentos», pelo que «não realizou qualquer “atividade publicitária”, nos termos e para os efeitos do Código da Publicidade» e «não assumindo a mesma a qualidade de “anunciante”, nos termos e para os efeitos do Código da Publicidade»;

- A 2.^a Requerida é uma empresa que se dedica, em termos gerais, “à prestação de serviços no campo de estudos de mercado, bem como realização de inquéritos ou estudos de opinião”, “não se dedicando, de forma alguma, à comercialização ou distribuição de produtos alimentares”, pelo que a referida campanha não lhe oferece qualquer interesse e não seria o “meio idóneo” para promover os seus serviços “que não se destinam, por natureza a consumidores finais – que constituem o público alvo da publicidade em causa”.

Terminou a 2.^a Requerida, pugnando pela improcedência da queixa contra si apresentada e o arquivamento da mesma.

Juntou dois documentos.

3. Em 12 de abril de 2024 a **Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária** proferiu a **Deliberação**, cujo segmento decisório

tem o seguinte teor: *“Nestes termos, a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP, delibera no sentido da procedência da queixa apresentada pelo PINGO DOCE DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A., relativa à comunicação comercial da responsabilidade de LIDL & COMPANHIA na qual é também interveniente MARKTEST – MARKETING, ORGANIZAÇÃO, FORMAÇÃO, UNIPESSOAL, LDA, veiculada nos suportes vídeo (televisão) e através do website da 1ª Requerida em Folhetos em suporte eletrónico, bem como em folhetos em papel e, Redes Sociais, intitulada genericamente “Está comprovado: O Lidl é o supermercado mais barato” (ou “O Lidl é no mínimo 10% mais barato”), em que associa a marca MARKTEST, se encontra desconforme com os artigos 4.º, nºs 1, 2 e 3, 7.º n.º1, 9º n.º1 e n.º 2 alínea b) e 19º, n.º1 do Código de Conduta da ARP e, artigos 10º , 11º e 16º do Código da Publicidade, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser repostas - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE.”.*

4. A 1.ª Requerida (e só esta) **recorreu** da Decisão da Primeira Secção do Júri de Ética para esta Comissão de Apelo, tendo formulado as seguintes conclusões:

A) *As alegações efetuadas na comunicação comercial em apreço são verdadeiras e assentam num estudo realizado pela Marktest, com base numa amostra representativa dos supermercados que operam no mercado nacional e, bem assim, tendo em consideração 25 produtos de variadas categorias, apresentando sempre a respetiva Ficha técnica.*

B) *Neste sentido, não existe na alegação em causa qualquer incumprimento dos princípios fundamentais apresentados no artigo 4.º do Código de Conduta da ARP, sendo a comunicação em apreço responsável e verdadeira, não minando a confiança dos consumidores.*

C) *De igual modo, a comunicação em apreço é honesta e transparente, em cumprimento do previsto no artigo 7.º do Código de Conduta da ARP, apresentado o LIDL não apenas a alegação comercial aos consumidores, mas os preços detalhados dos produtos em causa e identificando a metodologia utilizada, não existindo portanto qualquer utilização indevida da marca Marktest, mas tão somente uma comunicação transparente para com o consumidor.*

D) *No mesmo sentido, é falso que, por via da presente comunicação comercial,*

se pretendam transmitir informações inexatas sobre as condições do mercado, limitando-se a comunicação comercial a expor factos e os preços praticados pelo LIDL e pelos supermercados concorrentes, sendo portanto a comunicação Verdadeira, nos termos do previsto no artigo 9.º do Código de Conduta da ARP.

E) A presente comunicação trata-se tão simplesmente de uma prática de publicidade comparativa, permitida por lei e prevista expressamente no Código da Publicidade, no artigo 16.º, sendo cumpridos todos os requisitos de validade aí previstos, bem como os previstos nos artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade.

Terminou a Recorrente, defendendo que o recurso deve ser julgado procedente, revogando-se a deliberação que declarou o claim publicitário violador do disposto nos artigos 4.º, n.ºs 1, 2 e 3, 7.º, n.º 1, 9.º, n.º 1 e n.º 2 al. b) e 19.º, n.º 1 do Código de Conduta da ARP e artigos 10.º, 11.º e 16.º do Código da Publicidade, julgando antes o mesmo conforme à legislação aplicável.

Juntou dois documentos.

5. A Queixosa apresentou **Contestação ao recurso**, terminando com as seguintes conclusões:

1) A Deliberação recorrida não merece qualquer censura ou reparo no que diz respeito ao fundamentos que sustentam a decisão proferida pelo Júri de Ética.

2) Os argumentos aduzidos na petição de Recurso não beliscam, minimamente, o enquadramento ético-legal e fundamentação constante da Deliberação recorrida e, de resto, não se pronuncia sobre parte substancial dos factos e considerações que fundamentaram a Decisão preferida.

3) Por sua vez, o Recurso espelha a inversão do entendimento da Recorrente a propósito da figura da publicidade superlativa, tendo argumentado anteriormente “que a sua veracidade não tem que ser comprovada” (sublinhado nosso) a propósito dos claims sub judice, pretendendo, todavia, em sede de recurso procurar, sem fundamento, demonstrar a existência dessa veracidade.

4) Nesta matéria, PINGO DOCE mantém na íntegra o enquadramento constante da Queixa apresentada nos autos e que, por uma questão de economia

processual, se dispensa de reproduzir novamente.

5) A campanha sub judice padece dos vícios apontados a propósito da sua conceptualização, na medida em que foi delineada com vista a anunciar e a criar uma falsa percepção junto do consumidor médio de que o LIDL corresponde à cadeia de supermercado mais barata no mercado nacional no confronto com a sua concorrência, facto que não foi, de modo algum, comprovado.

6) Para além da clara inobservância das regras aplicáveis em matéria publicitária, de lealdade no trato comercial e na relação com os consumidores, assumiu igualmente especial gravidade a extrapolação adicional que se pretendeu fazer, no contexto da referida campanha, através do claim "o LIDL é no mínimo 10% mais barato".

7) O procedimento adoptado por LIDL visou, ab initio, um resultado (alegar junto dos consumidores que é o "Supermercado mais barato") tendo, para esse efeito, determinado os meios para o atingir: delinear a composição de conjunto de cabazes ajustado à medida do resultado pretendido.

8) Em face da natureza das alegações que caracterizam a campanha da Recorrente, incluindo o facto desta anunciar – e dando como "comprovado" – que é o supermercado mais barato, ou que o é em 10%, é manifestamente infundado o argumento de que a comunicação publicitária desenvolvida nestes moldes corresponde a publicidade superlativa.

9) De resto, conforme PINGO DOCE teve a oportunidade de assinalar, no decorrer da campanha foram detectados casos de indicação de preços associados aos seus produtos que são objectiva e comprovadamente falsos, bem como a comparação enganosa de preços sobre produtos que não apresentam as mesmas características.

10) Tal realidade persiste na presente data, conforme exposição entretanto apresentada junto da Auto Regulação Publicitária e que, isoladamente considerada constitui, por si só, uma violação clara da legislação aplicável.

11) Em momento algum a Recorrente fez prova, sequer apresentou quaisquer factos no sentido de contrariar as concretas incorrecções identificadas relativamente a preços indevidamente associados a produtos PINGO DOCE ou a propósito da comparação enganosa de produtos não comparáveis.

12) Salvo o devido respeito, a Deliberação proferida pelo Júri de Ética pecou por omissão re, na medida em que, na ausência de prova da Recorrente para comprovar a suposta conformidade das irregularidades que lhe foram imputadas, não

extraiu desse facto as consequências legais que se impunham à luz da legislação aplicável.

13) PINGO DOCE reputa como intolerável a manutenção da divulgação de uma campanha enganosa e que, de forma recorrente, presta informação falsa acerca de preços praticados por um concorrente, com respaldo na associação formal que é feita à Marktest para esse efeito, designadamente, destacando o facto da recolha de preços ser realizada por esta última, na qualidade de “empresa independente e idónea”.

14) A campanha em causa não observou - e continua a não observar - de forma ostensiva, os princípios da licitude, da veracidade e do respeito pelos direitos do consumidor previstos no Código da Publicidade, e consiste na permanente divulgação de informação que não é verdadeira e induz em erro o consumidor.

15) Cumpre ter presente que a Recorrente encontra-se a divulgar esta campanha junto dos consumidores desde o início do mês de Fevereiro do corrente ano, encontrando-se as alegações sub judice claramente interiorizadas pelos consumidores destinatários desta mensagem publicitária.

16) A Recorrente não deu cumprimento, até data, cumprimento efectivo à Deliberação proferida pelo Júri de Ética e as alterações entretanto implementadas pela Recorrente na dificilmente serão percebidas pelos consumidores, que permanecerão a ser induzidos em erro acerca da mensagem publicitária que tem sido veiculada através no decorrer dos últimos 3 meses.

Terminou a Recorrida requerendo que o Recurso seja julgado improcedente, com todas as consequências legais e dado efectivo cumprimento à ordem de imediata cessação da divulgação campanha publicitária em curso, nos termos em que esta tem sido feita, em todos os meios e suportes de comunicação.

6. A 2ª Requerida também apresentou a sua “Contestação” ao Recurso, em que terminou pugnando pela procedência da mesma, com o arquivamento do processo no que lhe diz respeito.

II - Apreciação do recurso

Questão prévia – Admissibilidade da junção documental

Juntamente com o recurso a Recorrente apresentou dois documentos, sendo o doc. 1 a carta enviada pela ARP para notificação da deliberação do JE (constante do Extrato de Ata enviada) e o doc. 2, intitulado “Ficha Técnica Estudo ao Consumidor”.

Há que apreciar a admissibilidade destes documentos.

De acordo com o disposto nos artigos 10.º, n.º 2, e 11.º, n.º 3, do Regulamento do Júri de Ética as provas devem ser apresentadas com a petição e a contestação. Na fase do recurso apenas se consente a junção de novas provas “*se comprovadamente não puderam ter sido apresentadas perante a Secção*” (cf. art. 15.º, n.º 5).

O primeiro documento ora apresentado não constitui, em bom rigor, um documento, já que corresponde a atos constantes do procedimento em curso na ARP, sendo manifestamente desnecessária a sua junção com o recurso.

O segundo documento, do qual não resulta a data em que foi elaborado nem a respetiva autoria, parece consistir na mera reprodução, de forma esquemática e sucinta, de metodologias de estudos ao consumidor.

Ora, cabia à Recorrente ter juntado com a sua Contestação todos os meios de prova reputados necessários e suficientes para sustentarem a sua posição, ónus que não foi observado quanto a este segundo documento, pois não está demonstrada a impossibilidade de anterior apresentação do mesmo, com a Contestação.

Assim, rejeita-se a junção documental efetuada em sede de recurso.

Objeto do recurso

O presente recurso tem por objeto a seguinte questão: se as comunicações publicitárias em apreço, efetuadas pela 1.^a Requerida, violam os princípios da honestidade e da veracidade e a proibição de publicidade enganosa e as condições em que é admitida a publicidade comparativa.

Dos Factos

Embora a Decisão recorrida não contenha um elenco autónomo de factos dados como provados, retira-se da mesma que foram considerados provados os seguintes factos:

1) A 1.^a Requerida, através da distribuição de folhetos em papel nas suas lojas e da divulgação de folhetos eletrónicos no seu website, tem vindo a realizar, desde fevereiro de 2024, uma campanha publicitária sob o claim “Está comprovado: O Lidl é o Supermercado mais barato”.

2) No Folheto do Lidl relativo à semana de 8 a 14 de fevereiro de 2024 (Doc. n.º 3 junto com a Queixa, cujo teor se dá por integralmente reproduzido – “Folheto 10”), consta, na capa/1.^a página, o seguinte:

“ESTÁ COMPROVADO:

O LIDL

É O SUPERMERCADO

MAIS BARATO.

DE ACORDO COM

Marktest”.

3) Mais consta aí o desenho de um “Pódio” (com 3 posições identificadas pelos n.ºs 1, 2 e 3), e a seguir, em rodapé, em letras pequenas, o seguinte teor: “*Comprovativo efetuado com base em compras reais realizadas pela Marktest, uma empresa independente e idónea no dia 18 de janeiro de 2024.*”

4) Na página 2 desse Folheto consta o seguinte:

“QUEM COMPARA

COMPRA AQUI.

O LIDL É NO MÍNIMO

10% MAIS BARATO!

De acordo com a Marktest, entre os três supermercados incluídos nesta lista, o Lidl é o mais barato num carrinho com 30 produtos do dia-a-dia”.

5) Seguindo-se, nessa página 2, uma tabela comparativa intitulada “custo de cabaz”, constando ainda, já na parte inferior da página, em letras muito reduzidas, a informação de que a 2.^a Requerida adquiriu em três lojas (aí indicadas, designadamente uma loja da Lidl, a loja Mercadona Setúbal e a loja Continente Modelo Setúbal), a 18 de janeiro de 2024, os produtos de uma lista que lhe foi entregue pela 1.^a Requerida, afirmando-se ser da 1.^a Requerida a responsabilidade pelo tratamento da informação recolhida.

6) Na terceira página do Folheto referido em 2) é referido que:

“ESTÁ COMPROVADO:

O LIDL

É O SUPERMERCADO

MAIS BARATO

DE ACORDO COM

Marktest”.

7) E, em rodapé, nessa terceira página é de novo mencionado que a 2.^a Requerida procedeu à compra dos produtos de acordo com as indicações da 1.^a Requerida, conforme referido em 5).

8) As referências à 2.^a Requerida (nos termos descritos em 2, 4 e 6) é realizada através da aposição da sua designação (Marktest) em letras em itálico e de cor azul (com fundo branco), cuja utilização pela 1.^a Requerida foi autorizada pela 2.^a Requerida.

9) Nos Folhetos subsequentes (docs. 4, 5, 6 e 7 da Queixa, cujo teor se dá por reproduzido), a 1.^a Requerida ajustou o texto, substituindo a expressão “De acordo com *Marktest*” por “Dados analisados pelo Lidl e recolhidos por *Marktest*”.

10) Assim, no Folheto relativo à semana de 15 a 21 de fevereiro (conforme Doc. n.º 4 junto com a queixa, cujo teor se dá por reproduzido), consta que:

“ESTÁ COMPROVADO:

O LIDL

É O SUPERMERCADO MAIS BARATO

Dados analisados pelo
Lidl e recolhidos por
Marktest

11) Estando também aí a designação da 2.^a Requerida em destaque (pelo itálico e cor azul das letras da sua designação, em fundo branco).

12) Na capa/1.^a página deste Folheto (referido em 10), não existe qualquer outra referência sobre onde, quando e como foram recolhidos os dados ou com base em que premissas foram os mesmos analisados, informação que é encontrada na segunda página do folheto, em que também foram introduzidas alterações na redação do título, que passou a ter o seguinte teor:

“QUEM COMPARA,
COMPRA AQUI
O LIDL É NO MÍNIMO
10% MAIS BARATO
Dados analisados pelo
Lidl e recolhidos por
Marktest”.

13) Estando a designação da 2.^a Requerida em destaque (pelo itálico e cor azul, em fundo branco), constando, ao lado, a seguinte informação: “Dados analisados pelo Lidl e recolhidos por MARKTEST, entre os três supermercados incluídos nesta listagem, o Lidl é o MAIS BARATO num carrinho com 25 produtos do dia a dia (...)”.

14) Seguindo-se, nessa página 2, uma tabela comparativa intitulada “custo de cabaz”, constando ainda, na parte inferior da página (como rodapé), em letras muito reduzidas, a informação relativa à identificação dos supermercados (e respetiva localização, designadamente uma loja do Lidl, outra da Mercadona e outra do Pingo Doce), bem como quando e onde foram adquiridos (25 e 26 de janeiro de 2024), pela 2.^a Requerida, os produtos objeto de comparação, com menção do número de produtos adquiridos em cada um destes estabelecimentos e que os mesmos constavam de uma listagem entregue pela 1.^a Requerida, indicando-se que *“o LIDL é o único responsável pelo uso que faz de toda a informação partilhada ou resultados/conclusões que daí sejam extraídos e comunicados ao mercado. Comprovativo efetuado com base em*

compras reais realizadas pela Marktest, uma empresa independente e idónea, nos dias 25 e 26 de janeiro de 2024”.

15) Na terceira folha do Folheto referido em 10) a mensagem é a seguinte:

“ESTÁ COMPROVADO:

O LIDL

É O SUPERMERCADO

MAIS BARATO

Dados analisados pelo

Lidl e recolhidos por

Marktest”

16) Estando a designação da 2.^a Requerida em destaque, pelo itálico e cor azul das letras (em fundo branco), constando ainda um rodapé, no final da página, em letras muito reduzidas, com o mesmo teor do referido em 14).

17) Foram divulgados nas semanas subsequentes Folhetos de teor idêntico quanto aos aspetos acima referidos, conforme docs. 5 (que menciona compra feitas a 1 de fevereiro de 2024 em quatro lojas, designadamente do Lidl, da Mercadona, do Continente e do Pingo Doce), 6 (que menciona compras feitas a 8 de fevereiro de 2024 em três lojas, do Lidl, da Mercadona e do Continente) e 7 (que menciona compras efetuadas a 22 de fevereiro de 2024 em três lojas, uma do Lidl, outra do Modelo e outra do Pingo Doce), cujo teor aqui se dá por reproduzido o seu teor.

18) A Queixosa reclamou junto da Lidl a respeito do Folheto de 7 de março, referindo a existência de divergências, entre os preços anunciados pela 1.^a Requerida e os preços por si efetivamente praticados nas datas indicadas.

19) Após contactos realizados pela Queixosa, a 1.^a Requerida adotou designadamente as seguintes medidas:

i) no dia 13 de março de 2024, retirou o Folheto 11 (relativo à semana de 14 a 20 de março de 2024) de circulação no website www.lidl.pt e publicou uma segunda versão desse folheto, conforme doc. 1 da Contestação da 1.^a Requerida, cujo teor se dá por reproduzido, incluindo na página 3 do mesmo uma “errata” ao Folheto 10 (relativo à semana de 7 a 13 de março de 2024), mencionando o seguinte:

“ERRATA:

Uma verdade assim não tem comparação.

O supermercado 2 subiu um pingo no pódio.

Na Página 3 do nosso folheto anterior (válido desde 07.03.2024) foram publicitados os seguintes erros que surgiram na recolha dos preços dos seguintes artigos objeto de comparação com o “supermercado 2”:

Broa de milho: Onde se lê (...) deve ler-se (...)

MSC Migas de Bacalhau: Onde se lê (...) deve ler-se (...)

Perca do Nilo: Onde se lê (...) deve ler-se».

ii) no dia 16 de março de 2023, retirou do seu website a segunda Versão do Folheto 11 e aí publicou uma terceira versão do Folheto 11, conforme doc. 2 junto com a Contestação da 1.^a Requerida, cujo teor se dá por reproduzido, em cuja página 2 passou a constar apenas o seguinte:

“QUEM COMPARA,
TAMBÉM SE ENGANA.
ESTA SEMANA ENGANÁMO-NOS,
POR ISSO NÃO FAZEMOS
COMPARAÇÃO”

iii) procedeu à impressão física da referida “errata”, a qual passou a constar do Folheto 13, referente à semana de 28 de março a 3 de abril de 2024, conforme doc. 4 junto com a Contestação da 1.^a Requerida, cujo teor se dá por reproduzido.

20) Ainda no âmbito da referida campanha, foi também transmitido na televisão um spot publicitário (em que não existe qualquer menção à 2.^a Requerida), com o claim em voz off e em imagem: “Está comprovado. O Lidl é o supermercado mais barato”.

Está ainda provado, atento o teor do documento 1 junto com a Contestação da 2.^a Requerida, que esta é uma sociedade comercial que tem por objeto social a prestação de serviços no campo de estudos de mercado, publicidade e marketing, bem como realização de inquéritos ou estudos de opinião.

Do enquadramento ético-legal

Na decisão recorrida, o JE analisou, com base na Queixa, nas Contestações e documentos apresentados, a campanha sob o claim “Está comprovado: O Lidl é o supermercado mais barato”, referindo que a avaliação seria feita à luz da percepção que o consumidor médio podia ter da mesma, lembrando que se presume que o consumidor médio possui um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso, bem como uma razoável capacidade de observação e prudência.

Começou o JE por constatar que ao longo das semanas que a campanha já tinha, as alegações foram sendo sucessivamente alteradas, admitindo que tal foi resultado das reclamações apresentadas diretamente pela Queixosa junto das Requeridas e que os *“ajustamentos realizados procuraram ir ao encontro de parte das reclamações da Requerente relativamente aos preços indicados sobre os seus produtos e para o facto de alguns produtos não serem, no seu entender, suscetíveis de comparação”*. Referiu que, não obstante o destaque dado pela Queixosa sobretudo ao Folheto da semana iniciada a 7 de março, também os demais juntos pela Queixosa mereciam ser analisados, para se perceber o fio condutor de toda a Campanha.

Afirmou o JE que a menção que é feita nos Folhetos à 2.^a Requerida visa dar credibilidade às alegações publicitárias da 1.^a Requerida, ou seja, que é o supermercado mais barato, sendo isso atestado e comprovado pela 2.^a Requerida, uma “empresa independente e idónea”.

Reconheceu o JE que, face às medidas adotadas pela 1.^a Requerida na sequência das reclamações feitas pela Queixosa, aquela agiu adequadamente e com algum sentido de ética, emendando o que estava incorreto (ainda que, numa primeira fase, em tom “jocoso”), tendo assim reconhecido a necessidade de ajustar o “tom” imprimido à campanha. Considerou, todavia, que a questão principal da Queixa ia muito para além da troca de preços ou de produtos não comparáveis, sendo que se impunha decidir se a campanha obedecia (ou não)

aos princípios legais e éticos a que toda a publicidade está obrigada.

A este respeito, depois de lembrar que 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, salientou o JE que *“as alegações devem ser verdadeiras e comprováveis, mesmo no caso da publicidade superlativa”*, conforme resulta do art. 9.º do Código de Conduta da ARP, e que, não obstante exista alguma tendência para o uso da publicidade superlativa, *“a qual emprega linguagem ou elementos que exageram ou enfatizam a superioridade de um produto, serviço ou marca”*, usando *“adjetivos extremos, superlativos e promessas exageradas para destacar as qualidades ou benefícios do produto em questão”*, também *“é importante notar que a publicidade superlativa pode ser vista como enganosa se as afirmações não puderem ser comprovadas ou se, por exemplo, exagerarem demais as qualidades do produto, pelo que deve existir um especial cuidado na conceção e no uso deste tipo de linguagem e garantir que as alegações são precisas e honestas”*.

No caso concreto, entendeu o JE que, não obstante a 1.ª Requerida considere que a sua campanha se inscreve no conceito de publicidade superlativa, na verdade, conforme refere a Requerente, *“a comparação de apenas um cabaz com 25 ou 30 produtos (quando os supermercados vendem milhares de produtos diferentes), escolhidos de uma lista de compras com mais de uma centena de produtos, efetuada pela 2ª Requerida, segundo a indicações da 1ª Requerida, não é uma base fiável para afirmar que o Supermercado da 1ª Requerida é comprovadamente o Supermercado mais barato. Tal mensagem é enganosa. Como também não pode afirmar que é 10% mais barato (genericamente) do que os outros supermercados”*. Isto porque, segundo o JE, *«não basta comparar 25 produtos (cuja escolha é totalmente controlada pelo interessado no resultado) para extrapolar um resultado que “garante” que um determinado supermercado é o mais barato, trata-se de uma afirmação enganosa, como enganoso é fazer crer que esse resultado é suportado por uma entidade independente e idónea na área dos estudos de mercado.*

A 1ª Requerida não faz qualquer prova de que a sua alegação de que é o supermercado mais barato é verdadeira, nem na campanha são demonstrados factos que o comprovem efetivamente, nem nos presentes autos é apresentada qualquer prova que sustente tal afirmação. Ou seja, a 1ª Requerida não logrou provar o claim “Está comprovado, O Lidl é o supermercado mais barato”.

Tratando-se de publicidade comparativa, tal como definida no artigo 16º do Código da Publicidade, caberia à 1ª Requerida o ónus da prova da veracidade da mesma e não existe um único dado trazido aos autos que o comprove.

Pelo contrário, o que se evidencia é uma total manipulação de resultados pela 1ª Requerida que controla toda a recolha de informação (onde, quando, o quê) e a seleciona de modo a apresentar os resultados que pretende com o intuito de sustentar o seu claim.»

Acrescentou ainda o JE, no que ora importa, que “o aproveitamento de uma marca de prestígio na área dos estudos de mercado para legitimar as alegações publicitárias da 1ª Requerida e influenciar a escolha do consumidor é, à luz dos princípios éticos e legais que regem a publicidade, ilegal”, o que, considerou o JE, era particularmente evidente no Folheto em que era atribuída à própria 2.ª Requerida a responsabilidade pela afirmação: “O LIDL É O SUPERMERCADO MAIS BARATO (DE ACORDO COM A MARKTEST)”.

Por isso, concluiu o JE que a campanha em análise violava, igualmente, o princípio da honestidade previsto no art. 7.º do Código de Conduta da ARP – a Comunicação Comercial deve ser concebida de forma a não abusar da confiança dos Consumidores e a não explorar a sua falta de conhecimento ou de experiência – e o art. 19.º do Código de Conduta da ARP, existindo “manifestamente exploração da credulidade do consumidor médio, que reconhece a marca Marktest, (reputação) como tratando-se de uma empresa idónea e independente na área em que presta serviços (estudos de mercado), aliás reforçado pela 1ª Requerida na publicidade veiculada nos folhetos em suporte papel e no website.”

Concluiu o JE que as mensagens publicitárias (constantes dos Folhetos físicos, eletrónicos e spot televisivo), pela comparação que é feita de um “cabaz” mínimo de produtos da 1.ª Requerida, com idênticos produtos

adquiridos noutras superfícies comerciais, designadamente da Queixosa (sem que exista a segurança de que os preços indicados estão corretos), bem como a associação da marca da 2ª Requerida à campanha, são suscetíveis de induzir o consumidor médio em erro, considerando-se publicidade enganosa, violando o princípio da honestidade e da veracidade e as regras da publicidade comparativa (artigos 4.º, nºs 1, 2 e 3, 7.º n.º1, 9º n.º1 e alínea b) do n.º 2 e 19º, n.º1 do Código de Conduta da ARP e artigo 10º , 11º e 16º do Código da Publicidade).

A 1.ª Requerida discorda deste entendimento, defendendo, em síntese, que: as alegações efetuadas na comunicação comercial em apreço assentam num estudo realizado pela Marktest, com base numa amostra representativa dos supermercados que operam no mercado nacional e, bem assim tendo em consideração 25 produtos de variadas categorias, apresentando sempre a respetiva Ficha técnica, pelo que inexistente qualquer incumprimento dos princípios fundamentais apresentados no art. 4.º do Código de Conduta da ARP, sendo a comunicação em apreço responsável e verdadeira, não minando a confiança dos consumidores; de igual modo, a comunicação em apreço é honesta e transparente, em cumprimento do previsto no art. 7.º do Código de Conduta da ARP, por incluir, não apenas a alegação comercial aos consumidores, mas os preços detalhados dos produtos em causa, identificando a metodologia utilizada, não existindo, portanto, qualquer utilização indevida da marca Marktest, mas tão somente uma comunicação transparente para com o consumidor; é falso que, por via da presente comunicação comercial, se pretendam transmitir informações inexatas sobre as condições do mercado, limitando-se a comunicação comercial a expor factos e os preços praticados pelo LIDL e pelos supermercados concorrentes, sendo portanto a comunicação Verdadeira, nos termos do art. 9.º do Código de Conduta da ARP; trata-se simplesmente de uma prática de publicidade comparativa, permitida por lei e prevista expressamente no art. 16.º do Código da Publicidade, sendo cumpridos todos os requisitos de validade aí previstos, bem como os previstos nos artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade.

Apreciando

O legislador constitucional, no art. 60.º da Constituição da República Portuguesa, dedicado aos “Direitos dos consumidores”, reconhece a importância da publicidade, estabelecendo que é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

Dispõem os **artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade**, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, com sucessivas alterações, que:

“Artigo 10.º

Princípio da veracidade

1 - A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.

2 - 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.

Artigo 11.º

Publicidade enganosa

1 - É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

2 - No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.

3 - Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.”

Por sua vez, estabelece o **art. 16.º do Código da Publicidade**, nos seus n.ºs 1, 2 e 5, sob a epígrafe, “Publicidade comparativa”, que:

“1 - É comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.

2 - A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida, no que respeita à

comparação, desde que respeite as seguintes condições:

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 objectivos;

c) Compare objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço;

d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente;

e) Não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;

f) Se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;

g) Não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;

h) Não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

(...) 5 - O ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa recai sobre o anunciante.”

Importa ter presente que a redação dos citados artigos 11.º e 16.º resulta das alterações introduzidas pelo 23.º do DL n.º 57/2008, de 26-03, não se podendo igualmente olvidar que o art. 43.º do Código da Publicidade, aditado pelo art. 24.º do referido DL n.º 57/2008, veio estabelecer, sob a epígrafe “Comunicação dirigida exclusivamente a profissionais”, que “(O) disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do presente Código aplica-se apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores.”

Portanto, o estabelecido nos artigos 11.º e 16.º, atinentes à publicidade enganosa e à publicidade comparativa, respetivamente, é aplicável apenas às relações entre profissionais, sendo que, enquanto no primeiro, é feita uma remissão para o regime constante do referido DL n.º 57/2008, já no art. 16.º continuam a estar previstos os pressupostos de que depende a licitude da publicidade comparativa.

De salientar que o **Decreto-Lei n.º 57/2008**, que estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais (transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno), estabelece serem desleais em especial as práticas comerciais enganosas, prevendo designadamente no seu **art. 7.º**, sob a epígrafe “Acções enganosas”, que:

“1 - É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:

(...) d) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; (...)

3 - Nas relações entre empresas é enganosa a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação aos elementos identificados nas alíneas a) a d) e f) do n.º 1.”

Como não podia deixar de ser, o Código de Conduta em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial, da Auto Regulação

Publicitária, face aos objetivos subjacentes à sua conceção, faz eco destes princípios norteadores, dispondo o **art. 4.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária**, sob a epígrafe “Princípios Fundamentais”, que:

1. Toda a Comunicação Comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira.

2. Toda a Comunicação Comercial deve ser concebida com o sentido de responsabilidade social e profissional e devem ser conformes aos princípios da leal concorrência, tal como estes são comumente aceites em assuntos de âmbito comercial.

3. Nenhuma comunicação deve, pela sua natureza, minar a confiança do público relativamente à Comunicação Comercial.

4. Para efeitos do presente código, as comunicações institucionais, ainda que só parcial ou acessoriamente comerciais, são consideradas como Comunicação Comercial.

O **art. 7.º deste Código de Conduta**, prevê ainda, a respeito do princípio da honestidade, que:

“1. A Comunicação Comercial deve ser concebida de forma a não abusar da confiança dos Consumidores e a não explorar a sua falta de conhecimento ou de experiência.

2. Os factores pertinentes susceptíveis de afectarem a decisão dos Consumidores devem-lhes ser comunicados na forma e no momento que possam, por si, ser tidos em consideração, tendo em conta, além do mais, as particulares características do Meio utilizado.”

Também o princípio da veracidade merece consagração expressa, estabelecendo o **art. 9.º do referido Código de Conduta**, no que ora importa, que:

“1. A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa.

2. A Comunicação Comercial 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, designadamente no que respeita a:

(...) b) valor do Produto e preço total a pagar pelo Consumidor”.

Das disposições acima citadas resulta claro que ao anunciante compete apresentar prova da veracidade da mensagem publicitária, sob pena de se ter como indemonstrada tal veracidade. Isto é, sobre o anunciante recai o ónus da prova da verdade do que é alegado nas suas comunicações comerciais.

De salientar que a publicidade enganosa é, desde há muito, tida por inadmissível no quadro do Direito da União Europeia, como se pode ver pelos considerandos constantes da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, em que se lembra designadamente que pode levar a distorções de concorrência no mercado comum e, quer conduza ou não à aceleração de um contrato, afecta a situação económica dos consumidores, na medida em que o pode levar, quando adquire bens ou utiliza serviços, a tomar decisões que lhe são prejudiciais.

A respeito da publicidade comparativa (conceito assente na existência de uma relação de concorrência entre os profissionais/anunciantes), é bem certo que, não obstante a sua licitude genérica, não pode deixar de respeitar, a bem da proteção dos concorrentes (e indirectamente dos consumidores), as proibições legais decorrentes da lei (não apenas do citado art. 16.º do Código da Publicidade e do art. 7.º do DL n.º 57/2008, de 26-03, mas também do art. 311.º do Código da Propriedade Industrial), em particular a proibição de engano, para cuja aferição importa ter presente, conforme referido pelo JE, a presumível expectativa ou interpretação de um consumidor médio.

Ou seja, embora seja legalmente admissível a publicidade comparativa, não se

poderá perder de vista que a mesma se insere num quadro legal complexo, em que se procura a tutela de um conjunto de interesses conflitantes, dos concorrentes (com a proibição de práticas comerciais desleais), dos consumidores (cujos direitos e interesses particulares, em particular à informação, merecem ampla proteção legal), sem olvidar até o próprio interesse público no funcionamento do mercado de forma transparente e regular.

O princípio da veracidade - de que decorre, como “primeiro mandamento”, a proibição da publicidade enganosa - impõe, como não podia deixar de ser, que uma comparação de preços se faça com base numa amostra de produtos ou serviços dos concorrentes que seja representativa, atual e fidedigna, de modo a não criar na mente dos consumidores, destinatários da comunicação comercial, uma visão enganosa quanto aos preços praticados pelas diferentes empresas concorrentes.

Quanto à publicidade superlativa, traduz-se, como é sabido, no uso, na comunicação comercial, de afirmações exageradas, com o objetivo de captar a atenção do consumidor, seu destinatário, mas que se espera não sejam interpretadas literalmente por este (consumidor médio), como se de alegações de factos concretos, objetivos e comprováveis se tratassem, ao ponto de prejudicar sensivelmente a aptidão do mesmo para tomar uma decisão (de transação) esclarecida. Abrange, como é salientado pelo JE, a publicidade em que o anunciante se posiciona num patamar superior ou exclusivo no confronto com os seus concorrentes, caracterizada pelo uso, mormente na construção de slogans, de expressões como, por exemplo, “o melhor” ou “o mais barato”. Neste caso, aproxima-se naturalmente da publicidade comparativa, já que as alegações têm insíta uma ideia de confronto ou comparação com os outros profissionais concorrentes.

Como é sabido, podem ser apontadas diferentes justificações para a licitude da publicidade superlativa, desde o disposto no art. 253.º, n.º 2, do Código Civil ou

no art. 245.º do Código Civil, até a princípios jurídicos, mormente o princípio da proporcionalidade [que se desdobra em três subprincípios: da adequação, da exigibilidade, da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito - cf. art. 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa], mas também o princípio da adequação social, que perpassa por todo o ordenamento jurídico e que pode servir de critério na interpretação teleológica e restritiva de diferentes normas proibitivas.

Sempre sem perder de vista que, não obstante a admissibilidade legal de mensagens publicitárias exageradas, estas continuam a estar sujeitas aos princípios acima enunciados, à semelhança do que sucede com a publicidade comparativa, em particular ao princípio da veracidade consagrado no art. 10.º do Código da Publicidade (hoje aplicável apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores) e à proibição de atos enganosos nos termos previstos no art. 7.º do DL n.º 57/2008, sendo enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos enumerados nesse artigo e que (em ambos os casos) conduza ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.

Não poderá, pois, a comunicação comercial conter informações falsas ou informações que, apesar de serem corretas, possam conduzir ao engano dos consumidores, seus destinatários, levando-os a acreditar no rigor da mensagem publicitária transmitida, mormente pela forma como são feitas determinadas alegações (apresentadas como factos concretos e passíveis de verificação objetiva), influenciando de forma relevante as decisões negociais visadas (por exemplo, quanto à compra de mercadorias).

Ou seja, haverá sempre que aferir se as afirmações exageradas são (ou não) passíveis de serem percecionadas pelo consumidor médio, no contexto sócio-

económico vigente, como credíveis ao ponto de influírem de maneira substancial no seu comportamento económico, assumindo assim uma relevância inaceitável face à necessidade de uma adequada proteção dos direitos dos consumidores. Concluindo-se que o consumidor médio formulará a seu respeito um juízo de credibilidade, não deixarão tais afirmações de estar dependentes de comprovação, recaindo o respetivo ónus sobre o anunciante.

Daí que só com uma avaliação casuística da comunicação comercial comparativa e superlativa se possa determinar se, no caso concreto, a mesma afronta os enunciados princípios e se o anunciante logrou (ou não) fazer prova da veracidade das suas alegações.

Transpondo estas considerações para o caso em apreço, é fora de dúvida (nem a Recorrente o questiona) que estamos perante comunicações comerciais que configuram publicidade comparativa e superlativa, mas daí não se segue, sem mais, que deva ser tida por lícita, havendo que analisar da sua conformidade com o disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do Código da Púbblicidade e com os artigos 4.º, 7.º e 9.º do Código de Conduta da ARP, em face das objeções expostas pela 1.ª Requerida, na sua alegação recursória.

Ora, contrariamente ao que sustenta a 1.ª Requerida, ora Recorrente, não resulta dos factos provados que tenha sido realizado pela 2.ª Requerida (Marktest) um qualquer “estudo”, com base numa amostra representativa dos supermercados que operam no mercado nacional e tendo em consideração 25 produtos de variadas categorias, como se fosse uma *“amostragem perfeitamente válida e representativa do que se pretende provar”*.

Na verdade, nada indica, antes pelo contrário, que as citadas alegações exageradas constantes das comunicações comerciais em apreço, tenham por base um qualquer estudo de mercado realizado pela 2.ª Requerida, incluindo uma recolha de elementos mediante uma prévia seleção, feita por analistas, de supermercados concorrentes no mercado nacional e de uma gama de produtos

de várias categorias, de forma a que esta amostra fosse representativa o suficiente para extrapolar as conclusões anunciadas nas aludidas comunicações. Quanto muito, face à informação constante dos Folhetos, apenas se pode considerar que a 2.^a Requerida procedeu, de acordo com instruções expressas da 1.^a Requerida, à aquisição de produtos e partilha de informação recolhida nas compras efetuadas, inexistindo qualquer indicação de que tenha feito uma análise objetiva e isenta dos dados recolhidos.

Daí que a referência que é feita à atuação da 2.^a Requerida nem sequer possa ser considerada como alusão a quaisquer testes ou estudos realizados por um organismo independente, sendo manifesto que a atividade que desenvolveu foi levada a cabo por conta da 1.^a Requerida, o que foi anunciado em moldes que, ao consumidor médio, transmitem a ideia (incorreta) de que a informação constante da comunicação comercial em causa se baseia numa prévia avaliação ou análise feita por uma entidade independente.

Ademais, a própria “metodologia” seguida – as aludidas compras e uma tabela comparativa de preços de produtos adquiridos em três ou quatro estabelecimentos diferentes, num dado momento temporal – mostra-se, à partida, incapaz de sustentar a alegação feita, parecendo-nos manifestamente insuficiente para permitir comprovar a alegação de que a 1.^a Requerida é o supermercado “mais barato”.

Efetivamente, é um facto notório que tanto a Lidl como a 1.^a Requerida (e os demais concorrentes expressamente mencionados nos Folhetos, em rodapé) exploram centenas de estabelecimentos comerciais no nosso país, pelo que se nos afigura inaceitável pensar que a comparação pudesse ser feita de forma tão singela, unicamente pelo confronto de um cabaz de 25 produtos adquiridos em três ou quatro estabelecimentos/supermercados distintos, um dos quais pertencente ao Lidl, nas datas indicadas.

Além disso, nem sequer foi acautelada, do que nos é dado ver, se os produtos

constantes dessa lista são (ou não) objetivamente iguais do ponto de vista qualitativo (e não apenas quantitativo), desconhecendo-se, por exemplo, as respetivas marcas e até os prazos de validade.

Tão pouco se sabendo se os preços em questão eram preços temporários, no âmbito de promoção, ou preços não promocionais, o que também não se nos afigura ser despiciendo. Basta pensar que o preço praticado num determinado dia (por se tratar de um preço promocional) poderá não valer durante todo o período de tempo do folheto (que é semanal), ficando automaticamente inquinada a comparação feita.

Portanto, contrariamente ao que a Recorrente afirma, os dados apresentados para justificar a alegação de ser o supermercado mais barato (ou, no mínimo, 10% mais barato), não podem ser considerados verdadeiros e suficientes para suportar tal alegação, até porque nada indica que tenham sido obtidos a partir de uma amostra válida e representativa. Ainda que uma parte da informação divulgada possa ser exata, o certo é que a forma como foi recolhida (nos moldes expressos nos folhetos) e depois globalmente foi veiculada, de modo a sustentar uma determinada alegação (claim) - de que, em Portugal, a Lidl é comprovadamente o supermercado mais barato (ou, no mínimo, 10% mais barato) -, não permite, bem vistas as coisas, concluir pela veracidade da mesma, não se podendo entender que a 1.^a Requerida se limitou a divulgar, com transparência, informação verdadeira.

Pelo contrário, o que ressalta com evidência é, que, nas alegações exageradas e de teor comparativo que foram feitas - ao mencionar-se, como uma espécie de chancela, a intervenção da 2.^a Requerida, ao serem apresentadas tabelas comparativas e usadas expressões como “está comprovado” - se está a fazer com que a tais alegações seja conferido, por um consumidor medianamente esclarecido e com suficiente espírito crítico, um grau de credibilidade idêntico àquele que poderia merecer a afirmação de factos objetivos baseada em testes/estudos feitos, de forma isenta, por uma empresa independente.

De salientar que não importa se a 1.^a Requerida, ao proceder desta forma, agiu ou não com dolo ou má fé, pois o que releva é o aproveitamento que, na prática, foi feita daquela metodologia, já de si “enviesada”, e o sentido interpretativo que, por via disso, é de antever seja alcançado pelo destinatário (o consumidor médio) das aludidas comunicações, divulgadas por todo o país, podendo ser levado a acreditar que, efetivamente, deve passar ou continuar a fazer as suas compras nos estabelecimentos da 1.^a Requerida, por ser efetivamente o mais barato (ou, no mínimo, 10% mais barato), o que esta última não conseguiu demonstrar.

Diga-se, para finalizar, que a circunstância de terem sido adotadas determinadas medidas pela 1.^a Requerida, designadamente retirando Folhetos de circulação e fazendo erratas ou novas versões dos mesmos, não retira ilicitude à concreta atuação que foi sindicada pelo JE e, agora, por esta Comissão de Apelo, tão pouco se podendo ver nesse ulterior procedimento uma situação geradora de inutilidade superveniente da lide (neste sentido, veja-se, a título exemplificativo, a decisão da 1.^a Seção do JE de 21-09-2022, no Processo n.º 5J/2022, disponível no site da ARP).

Concorda-se, pois, com a Decisão da 1.^a Secção do Júri de Ética, no que concerne à matéria que foi objeto do recurso para esta Comissão de Apelo, que assim acompanhamos, com as precisões acima feitas, atinentes à aplicação do disposto no DL n.º 57/2008, de 26 de março, parecendo-nos que os anúncios/comunicações comerciais em apreço, não podem deixar de ser considerados como atentórios do princípio da veracidade, constituindo uma inadmissível publicidade enganosa.

III - Decisão

Pelo exposto, delibera esta Comissão de Apelo negar provimento ao recurso interposto pela 1.^a Requerida confirmando-se a Decisão tomada em 12 de abril de 2024 pela Primeira Secção do Júri de Ética da Associação da Auto Regulação Publicitária.».

Lisboa, 15 de Maio de 2024

Laurinda Gemas
Presidente da Comissão de Apelo

Augusto Ferreira do Amaral
Vice-Presidente da Comissão de Apelo

Clara Moura Guedes
Vice-Presidente da Comissão de Apelo