

A *The Walt Disney Company*, juntamente com as suas entidades subsidiárias e filiais (“*TWDC*”), é uma empresa internacional líder de entretenimento e media, que oferece os seus produtos e serviços sob uma variedade de marcas comerciais e que participa em vários segmentos de negócio, incluindo televisão, serviços de vídeo a pedido por subscrição, cuja atividade neste âmbito poder-se-á enquadrar como eventualmente ou potencialmente destinada também ao território português ou ao público português.

A *TWDC* vem, pela presente, e no seguimento da publicação em Separata N.º27/XIV/1 2020.07.11¹ no contexto da discussão pública parlamentar da Proposta de Lei n.º 44/XIV/1.ª (“Proposta de Lei” ou “Proposta”), que visa transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva (EU) 2018/1808, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018 (“Diretiva”), alterando a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho (“Lei da Televisão”) e a Lei 55/2012, de 6 de Setembro (“Lei do Cinema e do Audiovisual”), apresentar os seus contributos escritos sobre a referida Proposta, esperando que os mesmos possam ser úteis e construtivos, conforme se segue:

1. Lei da Televisão

A. Dever de Informação (proposta de alteração ao artigo 3º, nº 4)

A Diretiva adita, ao respetivo artigo 2º, os n.ºs 5-A e 5º B, esclarecendo que os Estados Membros (“EM”) devem assegurar que os fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual sob sua jurisdição informam as entidades reguladoras nacionais **competentes** de quaisquer alterações que possam afetar a jurisdição desse EM, bem assim a obrigação de inclusão da informação sobre os critérios em que a jurisdição de baseia ² na lista elaborada pelas entidades reguladoras nacionais referente aos fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual sob sua jurisdição. Estas alterações são, na verdade, esclarecimentos e densificações do já estabelecido princípio do país de origem vertido na Diretiva.

Na Proposta de Lei em apreciação, estas alterações foram incluídas no Artigo 3º, o qual tem por epígrafe “Âmbito de aplicação”, aditando um número 4 que refere o seguinte: “*Os operadores de serviços audiovisuais a pedido, os operadores de televisão e os fornecedores de plataformas de partilha de vídeos informam a Entidade Reguladora para a Comunicação Social dos factos que sejam relevantes para a determinação da jurisdição nos termos dos números anteriores, bem como das respetivas alterações.*” Pese embora estas alterações sejam, na verdade, esclarecimentos e densificações do já estabelecido princípio do país de origem vertido na Diretiva e ainda que possa decorrer do âmbito de aplicação da Lei da Televisão que a obrigação de informação estabelecida neste dispositivo legal abrange apenas os fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual sujeitos à jurisdição do Estado Português, tal facto, na nossa opinião, deve constar de forma inequívoca e expressa na redação proposta, a fim de evitar

¹ Bem como em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=45059> (última consulta a 27.07.2020).

² Vide Considerando 7 da Diretiva

dúvidas quanto à sua aplicação, pelo que, e em respeito ao princípio do país de origem, propomos, em alternativa, a seguinte redação: «*Os operadores de serviços audiovisuais a pedido, os operadores de televisão e os fornecedores de plataformas de partilha de vídeos sob jurisdição do Estado Português, determinada nos termos dos números anteriores, informam a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) das alterações aos factos relevantes para a determinação da jurisdição*».

B. Dados Pessoais (proposta de aditamento do artigo 93º-B)

A Diretiva introduz o novo artigo 6.º-A, cujo n.º 2 refere que os “*dados pessoais de menores recolhidos ou gerados pelos fornecedores de serviços de comunicação social nos termos do n.º 1 não podem ser tratados para efeitos comerciais, como o marketing direto, a definição de perfis e a publicidade orientada em função do comportamento*”. O artigo 6.º-A n.º1 define que “*Os Estados-Membros tomam as medidas adequadas para assegurar que os serviços de comunicação social audiovisual prestados por fornecedores de serviços de comunicação social **sob a sua jurisdição**, que sejam suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores, só sejam disponibilizados de forma a que, normalmente, estes não os vejam nem os ouçam. **Essas medidas podem incluir a escolha da hora de emissão, instrumentos de verificação da idade ou outras medidas técnicas**. Essas medidas devem ser proporcionadas em relação aos danos potenciais dos programas.*” (negrito nosso).

A Diretiva estabelece, assim, uma restrição de tratamento de dados pessoais de menores, para fins comerciais, que sejam recolhidos ou gerados no âmbito das **medidas técnicas adotadas com vista à proteção dos menores** e cuja transposição terá de ter, naturalmente em consideração, o devido enquadramento no contexto do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (“RGPD”) e nas leis de execução do RGPD em cada EM.

Esta norma da Diretiva foi transposta na Proposta através do aditamento do artigo 93.º-B, com a epígrafe “*Proteção de dados relativos a menores*” e a seguinte redação: “*Os dados pessoais de menores recolhidos ou gerados pelos operadores de serviços de programas televisivos, pelos operadores de serviços audiovisuais a pedido ou pelos fornecedores de plataformas de partilha de vídeos nos termos dos n.ºs 3, 5 e 6 do artigo 27.º e das alíneas e) e f) do artigo 69.º-C não podem ser tratados para efeitos comerciais, como o marketing direto, a definição de perfis ou a publicidade orientada em função do comportamento*”.

No entanto, e por um lado, consideramos que a redação do artigo 93.º-B da Proposta extravasa o âmbito do artigo 6.º-A da Diretiva. Desde logo, porque parece indiciar que a mesma se aplica à atividade exercida pelos fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual, estejam ou não sob jurisdição do Estado Português, uma vez que a proibição de tratamento é feita por referência às restrições à liberdade de programação³. Por outro lado, esta proibição do tratamento de dados pessoais parece aplicar-se a todos os tratamentos de dados pessoais relativos titulares de dados menores de 18 (dezoito) anos efetuados pelos fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual, incluindo os dados de quaisquer intervenientes em programas, conteúdos e/ou comunicações comerciais audiovisuais, uma vez que o artigo 93.º-B da Proposta não circunscreve a sua aplicação ao dados que sejam gerados e/ou recolhidos através das funcionalidades técnicas.

Adicionalmente, importa atender à Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto, nomeadamente ao seu

³ Cf. artigo 86º B da Proposta de Lei

artigo 16.º, relativa ao tratamento de dados pessoais de menores por prestadores de serviços da sociedade da informação, de modo a não distorcer a concorrência entre agentes no mercado português e no mercado único europeu, quando um tratamento diferenciado neste âmbito não parece ser adequado e proporcional face às realidades subjacentes, quando comparadas.

Deste modo, defende a TWDC que o Legislador deverá clarificar que a proibição do artigo 93.º-A da Proposta respeita aos dados recolhidos e/ou gerados no decurso da utilização, por entidades sujeitas à jurisdição do Estado Português, de funcionalidades técnicas de proteção de menores, remetendo ainda para a solução adotada no artigo 16.º da Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto relativa à obtenção do consentimento como base de licitude para o tratamento destes dados pessoais.

C. Contribuições financeiras (proposta de alteração ao artigo 45º, números 4 e 5)

No que respeita às contribuições financeiras por parte de operadores sujeitos a jurisdição de outro EM, a Diretiva, no seu artigo 13º, nº 2, em derrogação ao princípio do país de origem⁴, estabelece que caso os EMs “exijam que os fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição contribuam financeiramente para a produção de obras europeias, nomeadamente através de investimentos diretos em conteúdos e de contribuições para fundos nacionais, podem igualmente exigir que os fornecedores de serviços de comunicação social que visem audiências situadas nos seus territórios, mas estejam estabelecidos noutro Estado- - Membro, façam essas contribuições financeiras, que devem ser proporcionadas e não discriminatórias.” Tais contribuições serão estabelecidas com base nas receitas geradas pelos serviços de comunicação social audiovisual prestados no seu território ou a ele dirigidos, as quais, deverão, no entanto, ter em conta as orientações emitidas pela Comissão Europeia. Do mesmo modo, a Diretiva estabelece ainda que o EM onde o operador se encontra estabelecido deve ter em conta as contribuições financeiras por outros EM.

Nesse sentido, foi proposta a alteração ao artigo 45º, através da qual, ao abrigo dos números 3 a 5 da redação proposta, são impostas aos operadores de televisão e aos operadores de serviços audiovisuais a pedido sob jurisdição de outro EM, salvo os operadores com baixo volume de negócios ou com baixas audiências, as obrigações de contribuição e de investimento estabelecidas na Lei do Cinema e do Audiovisual.

No entanto, a proposta de alteração não teve em consideração as orientações da Comissão a este respeito (“Orientações”), as quais foram publicadas⁵ já depois da aprovação da Proposta de Lei pelo Governo, as quais indicam métodos possíveis para a determinação de operadores com um baixo volume de negócios ou com baixas audiências, deixando a sua concretização ao critério dos EM. Por outro lado, a Proposta de Lei não esclarece quais os critérios para avaliar,

⁴ Em termos de atividade transfronteiriça, a Diretiva não introduz alterações fundamentais. Mantém-se o princípio do país de origem, e a consequente liberdade de prestar e de receber serviços de comunicação social audiovisual, o que significa que os fornecedores de serviços de comunicação social estarão sujeitos à jurisdição de um único Estado-Membro. Tal significa que os fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual devem cumprir as regras do EM da União Europeia onde se encontra estabelecido, ainda que preste serviços que sejam rececionados noutros EM, sem prejuízo das matérias de ordem imperiosa de interesse público que justifiquem a determinação de alguma restrição nos termos definidos na Diretiva.

⁵ estas Orientações (Comunicação da Comissão de 07.07.2020 (2020/C 223/03))

caso a caso, quando é que um operador de serviços audiovisuais a pedido visa audiências situadas no território português ou em que medida as contribuições diretas para a produção e aquisição de direitos ou coproduções realizadas pelo operador televisivo são tidas em consideração. Adicionalmente, a disposição legal da Lei da Televisão em apreço também não regula a articulação com os EM do local do estabelecimento do operador visado de modo a evitar uma dupla imposição financeira.

Atento o exposto, e sem prejuízo do que de seguida se enuncia a respeito das alterações à Lei do Cinema e do Audiovisual, a TWDC considera, assim, e a fim de assegurar que estas obrigações não comprometem a segurança jurídica ou o desenvolvimento do mercado, que a transposição desta matéria deve ser objeto de nova avaliação e, para o efeito, devem os operadores visados ser previamente consultados, permitindo, desta forma, a concretização do modelo mais adequado e eficiente.

2. Lei do Cinema e do Audiovisual

O Artigo 13 da Diretiva, conforme acima descrito, confere aos EM a possibilidade de imporem obrigações de contribuição financeira para a produção de obras europeias (nomeadamente através de investimentos diretos em conteúdos e de contribuições para fundos nacionais) aos fornecedores de serviços de comunicação social estabelecidos noutro EM mas que visem audiências situadas no seu território.

Neste contexto, a Proposta de Lei prevê: (i) alteração ao artigo 10º da Lei do Cinema e do Audiovisual, através do seu número 5, o qual aplica a taxa de exibição de 4% às comunicações comerciais audiovisuais difundidas ou apresentadas em serviços de televisão, ainda que esses serviços se encontrem sob jurisdição de outro EM; e (ii) aditamento do artigo 14º A que, no seu número 7, estabelece que as obrigações de investimento se aplicam aos operadores de televisão e aos operadores de serviços audiovisuais a pedido sob jurisdição de outro EM, sempre que “visem audiências ou dirijam ofertas comerciais ao público no território nacional, aplicando-se aos proveitos realizados no mercado nacional”, sendo o montante definido em função da tabela anexa à Lei do Cinema e Audiovisual, o qual, para além de só poder ser afeto a determinados tipos de conteúdos e formas de produção⁶, pode variar entre 0,5% e 4% dos proveitos relevantes ou €0,5 e €4 por assinante ou dez mil euros e três milhões e meio de euros, o que representa um aumento significativo *versus* aquela que é a realidade atual.

Deste modo, ao contrário de outros EMs que (i) optaram por não estabelecer qualquer obrigação de investimento, dinamizando antes programas de incentivos; ou (ii) optaram por impor apenas uma obrigação de contribuição (de investimento ou uma taxa), a solução da presente Proposta de Lei constitui um encargo adicional e um desincentivo ao desenvolvimento do sector audiovisual com a consequente diminuição da produção e, subseqüentemente, consumo de conteúdos locais e, portanto, uma diminuição tanto do investimento, como da escolha dos consumidores.

Como tal, e caso se opte por manter uma obrigação de contribuição financeira, esta deve restringir-se a uma das modalidades e não deve ser considerada a imposição simultânea de uma taxa e de obrigações de investimento. Por outro lado, deve a lei, tal como acima mencionado,

⁶ Obras cinematográficas europeias e em língua portuguesa (nº 8 do Artigo 14ª, nº 1, b) do Artigo 14º B e artigo 16º, número 2 das propostas de alteração à Lei do Cinema e Audiovisual)

clarificar o que são serviços que visam audiências ou dirijam ofertas comerciais ao público no território nacional. Adicionalmente, deve igualmente esclarecer-se o que são "proveitos relevantes", incluindo a descrição das receitas que estão incluídas e excluídas da obrigação. Por exemplo, se a obrigação for determinada por referência ao número de subscritores, o que deve contar como subscritor. Acresce que deve igualmente ser permitida uma maior flexibilidade no cumprimento e elegibilidade de elementos para efeitos das obrigações de investimento. Por exemplo, nos conteúdos, formatos ou tipos de produção que podem ser objeto das obrigações de investimento, que deveriam considerar os ciclos de produção, os orçamentos anuais e as necessidades e estratégias de conteúdo dos operadores, incluindo, entre outros exemplos, os gastos com legendagem, investimento em programas de formação, promoção de obras portuguesas, autopromoção ou produções encomendadas pelo operador, salvaguardando, deste modo, a liberdade de decidir investir. Do mesmo modo, e meramente a título de exemplo, se, num determinado ano, o operador tiver uma obrigação de 100 e nesse ano investir 200, o valor diferencial de 100 devia poder ser elegível no ano seguinte. Caso contrário, e se esta flexibilidade não for introduzida, estaremos perante uma inconstitucionalidade consubstanciada na imposição indevida de um "imposto", que, além do mais, não tem cabimento no lei quadro orçamental. Por outro lado, de acordo com a Diretiva, estas contribuições devem ser efetuadas para fundos nacionais, sujeitas aos respetivos regimes legais, o que não sucede no caso do ICAP IP.

Ficamos, naturalmente, à inteira disposição de Vossas Excelências e teremos todo o gosto em reunir, de acordo com a V. disponibilidade e no caso de entenderem oportuno e adequado, para discutir mais pormenorizadamente as propostas ora apresentadas, ou outras que entendam relevantes.

Se necessário, por favor contactem David Fares, Global Public Policy (David.Fares@disney.com) e Tiago da Mota, Legal Director (tiago.mota@disney.com).

Agradecendo a oportunidade e a consideração a *The Walt Disney Company* apresenta os mais respeitosos cumprimentos.