

Warszawa, 1 lipca 2019 r.

Uwagi Fundacji Panoptykon¹ do projektu Kodeksu postępowania dla branży fotograficznej²

Szczegółowe uwagi do poszczególnych fragmentów kodeksu zostały dodane w formie komentarzy w pliku PDF. Jednocześnie poniżej przedstawiamy nasze zasadnicze uwagi.

1. Forma kodeksu

Zgodnie z wytycznymi 1/2019 Europejskiej Rady Ochrony Danych z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie kodeksów postępowania³, dwa z kryteriów zatwierdzenia kodeksu to ułatwienie skutecznego zastosowania RODO w konkretnym sektorze oraz uszczegółowienie przepisów. EROD kładzie szczególny nacisk na takie przedstawienie zawartości kodeksu, które jest zrozumiałe, zwłaszcza dla osób, które nie zajmują się zawodowo prawem, oraz realnie ułatwia stosowanie RODO w konkretnym sektorze. EROD podkreśla także, że kodeks nie powinien powtarzać treści przepisów rozporządzenia, tylko podawać jasne i precyzyjne zasady uszczegóławiające przepisy RODO.

Naszym zdaniem projekt kodeksu w obecnym kształcie nie spełnia tych kryteriów ze względu na swój **stopień skomplikowania oraz długość**. Naszym zdaniem nie służy to ułatwieniu interpretacji RODO, ale wręcz ją komplikuje, zwłaszcza z perspektywy małych przedsiębiorców. Wskazane byłoby np. zastosowanie wykresów czy tabel, które porównywałyby np. właściwe podstawy prawne w różnych sytuacjach i konsekwencje przyjęcia takiej a nie innej podstawy. Nasze zastrzeżenia budzi też sama struktura kodeksu – wydaje się, że przedstawienie okresów retencji, rodzajów danych czy zasad zbierania zgód oddzielnie, w oderwaniu od czynności przetwarzania, nie sprzyja uporządkowanemu i precyzyjnemu wskazaniu przyjętych zasad i interpretacji. Dużo lepsze byłoby kompleksowe omówienie poszczególnych czynności przetwarzania, tak aby stosujący kodeks mogli na jednej stronie znaleźć kompletne informacje o tym, jak powinni postępować w konkretnych przypadkach.

Uderzająca jest też niespójność kodeksu – o ile niektóre części kodeksu są przejrzyste i zrozumiałe, o tyle inne (np. poświęcone realizacji praw osób, których dane dotyczą) ograniczają się do powtórzenia przepisów rozporządzenia, bez wyjaśnienia praktycznych wątpliwości związanych z tymi przepisami.

¹ Uwagi przygotowane przez Karolinę Iwańską.

² Wersja dostępna na stronie <https://rododlafotografa.pl/konsultacje-spoleczne-kodeksu-rododla-fotografow/>.

³ Guidelines 1/2019 on Codes of Conduct and Monitoring Bodies under Regulation 2016/679, Version 2.0, dostępne pod adresem:

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_201901_v2.0_codesofconduct_en.pdf.

2. Brak wyraźnego rozróżnienia pomiędzy zgodą na przetwarzanie danych a zgodą na rozpowszechnianie wizerunku.

Charakterystyczne dla branży fotograficznej jest to, że główną kategorią przetwarzanych danych jest wizerunek. Poza przepisami związanymi z ochroną danych osobowych, szczególne wymagania dla jednej z form wykorzystania wizerunku – jego rozpowszechnienia – tworzy art. 81 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych, stanowiąc, że co do zasady na rozpowszechnianie wizerunku potrzebne jest zezwolenie osoby. Choć rozpowszechnianie danych jest w rzeczywistości jedną z form ich przetwarzania na gruncie RODO (inne to np. przechowywanie czy udostępnienie), **przepisy o ochronie danych osobowych i o ochronie wizerunku to dwa różne reżimy prawne**. Mogą zdarzyć się sytuacje, gdy administrator danych nie będzie potrzebował zgody na przetwarzanie danych, a na gruncie prawa autorskiego zgoda na rozpowszechnienie wizerunku będzie konieczna, jak i odwrotnie – zgoda będzie potrzebna na gruncie RODO, ale na gruncie prawa autorskiego zastosowanie znajdzie jeden z wyjątków przewidzianych w art. 81 ust. 2. Może też dojść do sytuacji, w której ani zgoda na przetwarzanie danych, ani zgoda na rozpowszechnienie wizerunku nie będą konieczne.

W projekcie kodeksu **brakuje wyraźnego rozróżnienia pomiędzy tymi dwoma reżimami prawnymi**. W wielu miejscach autorzy kodeksu odwołują się do zgody, nie precyzując, czy chodzi o zgodę jako podstawę prawną przetwarzania danych w konkretnym celu czy też wyłącznie o rozpowszechnianie wizerunku w oparciu o przepisy prawa autorskiego. Przykładowo, w części poświęconej przetwarzaniu danych gości zamkniętej imprezy prywatnej, autorzy piszą: „podstawą przetwarzania danych jest w tym przypadku zgoda na wykorzystanie wizerunku w celach prywatnych organizatora uroczystości”. Takie sformułowanie wprowadza w błąd, ponieważ zgoda, o której mowa, nie jest podstawą przetwarzania danych z RODO (organizator imprezy korzysta z wyjątku osobistego, więc w ogóle nie musi wykazywać podstawy prawnej), a podstawą ewentualnego rozpowszechnienia wizerunku.

Postulujemy, aby kodeks przy każdej czynności przetwarzania rozgraniczał te dwa reżimy prawne i wyraźnie wskazywał, jaka są podstawy prawne przetwarzania w konkretnych celach oraz czy w danej sytuacji dochodzi do rozpowszechniania wizerunku i czy wymagana jest zgoda z prawa autorskiego. W przeciwnym razie może to powodować niezrozumienie i kłopoty z praktycznym stosowaniem kodeksu.

3. Brak rozróżnienia sytuacji prawnych i zakresów obowiązków fotografa i zleceniodawcy (np. organizatora wydarzenia)

W branży fotograficznej często mamy do czynienia z sytuacją, gdy fotograf wykonuje zdjęcia na zlecenie innego podmiotu, np. fotografując uczestników wydarzenia. Choć twórcy kodeksu dostrzegają tę wielość podmiotów, to **w kodeksie brakuje wyraźnego określenia, w jakich rolach występują poszczególne osoby oraz jakie obowiązki wiążą się z ich rolami na różnych etapach współpracy** (np. w jakim zakresie, w jakim celu i na jakiej podstawie prawnej fotograf przetwarza dane osób po przekazaniu zdjęć zleceniodawcy?).

Przykładowo, analizując przetwarzanie danych osób uczestniczących w wydarzeniach otwartych dla publiczności, autorzy kodeksu piszą: „podstawą prawną przetwarzania w tym wypadku będzie zgoda na wykorzystanie wizerunku w celach komercyjnych organizatora”. To stwierdzenie jest prawdziwe (choć – nawiązując do poprzedniej uwagi – nie jest jasne, o jaką zgodę chodzi), ale **wyłącznie z punktu widzenia organizatora**. Zakres obowiązków samego fotografa jest inny. Nie przetwarza on danych w celach komercyjnych organizatora wydarzenia,

ale w celu wywiązania się z umowy z nim zawartej (przy założeniu, że jest oddzielnym administratorem, a nie podmiotem przetwarzającym). Nie on podejmie również decyzję o rozpowszechnieniu danych, a więc nie leży w zakresie jego obowiązków zbieranie zgody na rozpowszechnianie wizerunku w oparciu o przepisy prawa autorskiego.

Brak jasnego rozróżnienia pomiędzy poszczególnymi rolami i związanymi z nimi obowiązkami sprawia, że stosowanie kodeksu jest utrudnione, a fotografowie (zwłaszcza działający jako jednoosobowi przedsiębiorcy) mogą mieć poczucie, że wymagane jest od nich więcej niż przewidują przepisy. **Postulujemy doprecyzowanie statusu prawnego fotografa z jednej strony, a zlecniodawcy z drugiej (oddzielni administratorzy, współadministratorzy czy relacja powierzenia) oraz określenie właściwych celów przetwarzania i podstaw prawnych, a także obowiązków, jakie się z tym wiążą.**

Kodeksy postępowania są niezwykle potrzebnym instrumentem, który pomaga w praktycznym zastosowaniu przepisów RODO i może realnie ułatwić pracę podmiotom go stosującym, zwłaszcza małym przedsiębiorcom. Popieramy wszelkie inicjatywy zmierzające do stworzenia jasnych i przydatnych zasad interpretacji rozporządzenia w kontekście poszczególnych branż. Naszym zdaniem projekt kodeksu w obecnej wersji nie spełnia jednak tego zadania. Tym niemniej kibicujemy jego autorom i liczymy na to, że nasze uwagi okażą się przydatne w dalszych pracach nad kodeksem.