**Ленинский районный суд г. Владивостока**

690001, г. Владивосток, ул. Пушкинская 63

**Истец: Бородина М. С.**

**Ответчик: ИП Михайлов Д. В.**

Дело №2-1139/2018

**ВОЗРАЖЕНИЯ**

**на отзыв на исковое заявление**

В производстве Ленинского районного суда гор. Владивостока находится гражданское дело №2-1139/2018 по иску Бородиной М. С. к ИП Михайлову Д. В. о взыскании морального вреда в сумме 500 000 рублей, за незаконное использование изображений Истца.

Представителем ответчика был предоставлен отзыв на исковое заявление о взыскании морального вреда, с доводами которого истец не согласен по следующим обстоятельствам.

1. **О размещении в общем доступе на сайте ООО «Прима Медиа» по адресу primamedia.ru/news/539264.**

Доводы, приводимые Ответчиком о размещении фотографий на вышеуказанном ресурсе, не имеют правового значения для рассмотрения дела. Размещение фотографий в открытом доступе не снимает обязанности Ответчика запросить разрешение Истца перед использованием фотографий с ее изображением, как этого требует ст. 152.1 Гражданского кодекса РФ.

Под изображением понимаются фотографии, видеозаписи или произведения изобразительного искусства, в которых изображен гражданин.

В соответствии со статьей 152.1 Гражданского кодекса обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина допускается только с его согласия. Право на обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина не является исключительным правом в смысле положений об интеллектуальной собственности.

1. **Нарушение прав Истца на защиту персональных данных**

В соответствии со ст. 3 ФЗ «О персональных данных», персональные данные – это любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных). По общему правилу субъект персональных данных должен дать согласие оператору на их обработку в любой позволяющей подтвердить факт его получения форме. Также согласие требуется на передачу персональных данных гражданина третьим лицам – это входит в понятие обработки персональных данных, кроме того, закон содержит прямой запрет на передачу персональных данных третьим лицам без согласия субъекта персональных данных (ст. 7 закона № 152-ФЗ).

Изображение гражданина представляет собой персональные данные, в этой связи, использование возможно только с учетом требований и ограничений, установленных Федеральным законом от 27.07.06 № 152-ФЗ «О персональных данных».

В соответствии с ч. 1 ст. 11 ФЗ «О персональных данных», сведения, которые характеризуют физиологические и биологические особенности человека, на основании которых можно установить его личность (биометрические персональные данные) и которые используются оператором для установления личности субъекта персональных данных, могут обрабатываться только при наличии согласия в письменной форме субъекта персональных данных, за исключением случаев, предусмотренных [частью 2](http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_221444/7336c78762a98b5f4f698b8c3800dca1111acc16/#dst100306)  статьи 11 ФЗ.

Использование Ответчиком изображения (персональных данных) Истца не входит в перечень случаев, в которых согласия субъекта персональных данных не требуется (ч. 2 ст. 6. Федерального закона 27.07.2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»).

Также на сайте Роскомнадзора по адресу <https://rkn.gov.ru/treatments/p459/p468/> приведены ответы на вопросы в сфере защиты прав субъектов персональных данных. Был задан следующий вопрос, ответ Роскомнадзора на который позволяет установить, что согласие на обработку персональных данных не может быть предоставлено по телефону, посредством СМС, а подтверждением предоставления согласия является файл электронной цифровой подписи:

***«Вопрос:******Возможно ли получение согласия на обработку персональных данных по телефону? Что является доказательством получения согласия на обработку персональных данных при покупке товаров в интернет-магазинах?***

***Ответ:****При заполнении вэб-формы заявки на покупку товара на сайте интернет-магазина в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» критерием, свидетельствующим о получении оператором согласия субъекта персональных данных на обработку его персональных данных является файл электронной цифровой подписи.*

*Кроме того, предложения оператора о продаже товара в отдельных случаях может рассматриваться как публичная оферта.*

*Таким образом, субъект персональных данных, акцентируя указанную оферту, тем самым осуществляет конклюдентные действия, выражающие его волю и согласие на обработку его персональных данных, предоставленных при заполнении заявки на покупку товаров.*

*Получение согласия на обработку персональных данных по телефону, посредством СМС-сообщений действующим законодательством Российской Федерации не установлено.»*

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в иных формах, кроме как простая письменная и в форме, содержащей электронно-цифровую подпись, предоставление согласия на обработку персональных данных не является допустимым с точки зрения законодательства.

Доводы Ответчика о том, что с ноября 2016 г. Истец не обращался к Ответчику с какими-то требованиями относительно спорного факта, не соответствует действительности, а также не имеют правового значения для рассмотрения дела. Тем не менее, хотим отметить, что Истец неоднократно обращалась с просьбой прекратить использование ее изображения, в том числе и с досудебной претензией. В результате этого изображение через продолжительное время, без каких-либо ответов на претензию Истца, было снято с фасада здания по адресу ул. Светланская 56, и удалено с сайтов. Иных причин для удаления фотографий с изображением Истца, кроме как обращение Истца с таким требованием, не усматривается.

1. **О месте проведения съемки и основном объекте использования**

В соответствии с ч. 1 ст. 152.1 ГК РФ, [обнародование](http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_181602/887a6f87312edce1870464c00b9d4cc67d4c4279/" \l "dst100122) и дальнейшее использование изображения гражданина (в том числе его фотографии, а также видеозаписи или произведения изобразительного искусства, в которых он изображен) допускаются только с [согласия](http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_181602/887a6f87312edce1870464c00b9d4cc67d4c4279/#dst100131) этого гражданина. ... Такое согласие не требуется в случаях, когда:

1). использование изображения осуществляется в государственных, [общественных](http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_125973/#dst100118) или иных [публичных интересах](http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_181602/887a6f87312edce1870464c00b9d4cc67d4c4279/#dst100125);

2). изображение гражданина получено при съемке, которая проводится в местах, открытых для свободного посещения, или на публичных мероприятиях (собраниях, съездах, конференциях, концертах, представлениях, спортивных соревнованиях и подобных мероприятиях), за исключением случаев, когда такое изображение является основным объектом использования;

3). гражданин позировал за плату.

По доводам Ответчика о создании фотографии в местах, открытых для свободного посещения третьими лицами, хотели бы пояснить следующее.

**Из разъяснений, данных в п.п. 43-44,46 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»** следует, что под обнародованием изображения гражданина по аналогии с положениями статьи 1268 ГК РФ необходимо понимать осуществление действия, которое впервые делает данное изображение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа либо любым другим способом, включая размещение его в сети «Интернет». За исключением случаев, предусмотренных подпунктами 1 - 3 пункта 1 статьи 152.1 ГК РФ, обнародование изображения гражданина, в том числе размещение его самим гражданином в сети «Интернет», и **общедоступность такого изображения сами по себе не дают иным лицам права на свободное использование такого изображения без получения согласия изображенного лица.**

Без согласия гражданина обнародование и использование его изображения допустимо в силу подпункта 1 пункта 1 статьи 152.1 ГК РФ, то есть когда имеет место публичный интерес, в частности если такой гражданин является публичной фигурой (занимает государственную или муниципальную должность, играет существенную роль в общественной жизни в сфере политики, экономики, искусства, спорта или любой иной области), а обнародование и использование изображения осуществляется в связи с политической или общественной дискуссией или интерес к данному лицу является общественно значимым.

**Верховный Суд в своих разъяснениях четко обозначил свою позицию относительно невозможности использования изображения гражданина в целях извлечения прибыли без согласия лица**:

«Вместе с тем согласие необходимо, если единственной целью обнародования и использования изображения лица является удовлетворение обывательского интереса к его частной жизни **либо извлечение прибыли».**

Бородина М. С. не является публичной фигурой (не занимает государственную или муниципальную должность, не играет существенную роль в общественной жизни в сфере политики, экономики, искусства, спорта или любой иной области) с точки зрения толкования публичности в Постановлении Пленума.

Единственной причиной использования фотографий с изображением Истца картинной галереей на рекламных флаерах, в объявлениях об открытии галереи, на входном фасаде здания явялется извлечение прибыли.

**Основной объект использования**

Истец является основным объектом использования. Других объектов на фотографии нет, картина, на фоне которой запечатлена Истец, таким объектом не является. Определение того, является ли запечатленный человек основным объектом или нет, не зависит от окружающих его предметов либо масштаба изображения человека. Для определения важна *информация* передаваемая фотоснимком. В представленных фотографиях единственным изображением является изображение Истца, она смотрит в кадр, либо создает фотографии эмоциональную окраску своим поведением в кадре, является центральным объектом фотографии в смысле восприятия фото.

Каждая фотография содержит «действие» Истца, а не план экспозиции галереи, без наличия на фоне которого Истца, фотографии были бы лишены смысла и не были бы интересны Ответчику для использования в коммерческой деятельности. Фотографии экспозиционных полотен, как таковых, не несут в себе никакой информации, при запечатлении их не будет понятен эффект от выставки. Только при наличии человека в кадре происходит демонстрация визуальных эффектов полотен, таким образом, при наличии человека внимание зрителя автоматически направлено на него, что подтверждает факт человека как основного объекта фотографии в данной связи. Через наличие на фотографиях человека раскрывается суть выставки, вне зависимости от масштаба и соотношения человека и окружающей экспозиции. **Крупный план и основной объект – это не одно и то же.** В последствии, в рекламе на сайтах в сети Интернет Ответчиком были использованы сотни других фотографий, но для размещения на баннере и флаерах были использованы фото именно с изображением Истца, так как в качестве основного объекта она наиболее соответствовала потребностям Ответчика к рекламе галереи.

Своим выбором фотографий с изображением Истца, Ответчик сам подтвердил роль изображения Истца на снимке, как основного объекта использования. В противном случае, Ответчик бы мог просто запечатлеть экспозицию с целью демонстрации посетителям, но данный способ не отвечал бы требованиям Ответчика, то есть не демонстрировал бы возможности галереи и не имел бы в себе коммерческую выгоду от показа сути выставки.

Если принимать доводы Ответчика, то любого человека на улице можно сфотографировать и использовать его изображение в рекламе, что противоречит нормам законодательства и судебной практике.

1. **О причинении морального вреда**

В силу п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 20 декабря 1994 года № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» под моральным вредом понимаются нравственные или физические страдания, причиненные действиями (бездействием), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна и т.п.), или нарушающими его личные неимущественные права (право на пользование своим именем, право авторства и другие неимущественные права в соответствии с законами об охране прав на результаты интеллектуальной деятельности) либо нарушающими имущественные права гражданина.

Моральный вред, в частности, может заключаться в нравственных переживаниях в связи с утратой родственников, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, потерей работы, раскрытием семейной, врачебной тайны, распространением не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, временным ограничением или лишением каких-либо прав, физической болью, связанной с причиненным увечьем, иным повреждением здоровья либо в связи с заболеванием, перенесенным в результате нравственных страданий и др.

По смыслу вышеприведенных норм права, право на охрану изображения гражданина сформулировано законодателем как абсолютное. Гражданин вправе требовать применения соответствующих мер гражданско-правовой защиты от любого лица, неправомерно использующего его изображение.

С учетом положений статьи 56 ГПК РФ факт обнародования и использования изображения определенным лицом подлежит доказыванию лицом, запечатленным на таком изображении. Обязанность доказывания правомерности обнародования и использования изображения гражданина возлагается на лицо, его осуществившее (п.48 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25). Истец представил доказательства, подтверждающие факт обнародования и использования его изображения.

Истец, в связи с допущенным Ответчиком нарушением ее права на изображения испытала сильный эмоциональный стресс, выразившийся в переживаниях относительно заведомого незаконного использования ее личной фотографии (изображения) в рекламном материале.

В соответствии с ч. 11 ст. [5](http://sudact.ru/law/federalnyi-zakon-ot-13032006-n-38-fz-o/glava-1/statia-5/?marker=fdoctlaw) ФЗ «О рекламе» при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования гражданского законодательства, законодательства о государственном языке Российской Федерации.   
Согласно ст. [38](http://sudact.ru/law/federalnyi-zakon-ot-13032006-n-38-fz-o/glava-5_1/statia-38/?marker=fdoctlaw) ФЗ «О рекламе» нарушение физическими или юридическими лицами законодательства РФ о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с гражданским законодательством.

Лица, права и интересы которых нарушены в результате распространения ненадлежащей рекламы, вправе обращаться в установленном порядке в суд или арбитражный суд, в том числе с исками о возмещении убытков, включая упущенную выгоду, о возмещении вреда, причиненного здоровью физических лиц и (или) имуществу физических или юридических лиц, **о компенсации морального вреда**, о публичном опровержении недостоверной рекламы (контррекламе).

При этом ФЗ «О рекламе» не разделяет ответственность рекламодателей и рекламораспространителей за нарушение части 11 ст.[5](http://sudact.ru/law/federalnyi-zakon-ot-13032006-n-38-fz-o/glava-1/statia-5/?marker=fdoctlaw) ФЗ «О рекламе».

По смыслу ст. ст. [150 ГК РФ](http://sudact.ru/law/gk-rf-chast1/razdel-i/podrazdel-3/glava-8/statia-150/?marker=fdoctlaw), 152.1 ГК РФ, ст.[5](http://sudact.ru/law/federalnyi-zakon-ot-13032006-n-38-fz-o/glava-1/statia-5/?marker=fdoctlaw) ФЗ «О рекламе» право на изображение относится к личным неимущественным правам гражданина, а рекламодатели обязаны получать согласие гражданина на использование его изображения, в данном случае в рекламных объявлениях в сети интернет, на вывеске фасада здания галереи, рекламных флаерах в автобусах.

Само по себе изображение гражданина на фотографии в определенной обстановке является фактом частной жизни.

Тот факт, что спорная фотография с изображением Истца была размещена на сайте в сети «Интернет» не дает право на свободное использование такой фотографии в рекламных целях Ответчику без получения предварительного согласия самой Бородиной М. С.

Изображение гражданина на фотографии в той или иной обстановке является частью частной жизни, распространение в той или иной форме сведений о которой он вправе запретить.

Ответчик в своих возражениях указывает на то, что моральный вред должен быть доказан. В силу того, что моральный вред является категорией нематериальных благ человека, подтвердить какие-либо расходы невозможно.

В данном случае речь идет не о нанесении вреда здоровью, а о психоэмоциональном стрессе. Когда Истец увидела фотографии с ее изображением, она была расстроена и подавлена, очень переживала так как многие знакомые начали подшучивать на этот счет.

Истец несколько раз просила Ответчика удалить фотографии из объявлений на vl.ru и Vladivostok.lovicupon.ru, прекратить использование ее изображений на рекламном баннере на фасаде здания, на рекламных флаерах в автобусах, разговаривала с вахтером, просила передать информацию. Истцу было неприятно, что фотографии с ее изображением используются в рекламных целях без ее разрешения, когда целью их создания не являлась реклама и массовое распространение Ответчиком.

На свою письменную претензию Истец ответа не получила.

Сумма, в которую Истец оценивает моральный вред также обусловлена тем, что массово разными способами изображение использовалось в рекламе - баннер, сайты, флаеры, и тем фактом, что на ее изображении зарабатывались деньги.

1. **О ссылке на ст. 62 Закона РФ «О СМИ»**

Ссылка Ответчика на ст. 62 Закона РФ «О СМИ» не относится к предмету спора, так как не содержит норм права, регулирующих спорные правоотношения. Ответчик не является СМИ, а Истец в свою очередь не заявляет требований о защите чести и достоинства в понятии Закона РФ «О СМИ».

На основании изложенного, прошу суд удовлетворить исковые требования Бородиной М. С. к ИП Михайлову Д. В. в полном объеме.

Представитель по доверенности:

Локшина Ю. А.