

ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

Управление
по Ульяновской области

ул. Советская, 8, г. Ульяновск, 432970, ГСП
тел./факс (8422) 41-32-03
e-mail: fo73@fas.gov.ru
www.ulyanovsk.fas.gov.ru

Исх. № 6239-05 от _10.12.2010_

РЕШЕНИЕ

29.11.2010

г. Ульяновск

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель комиссии - зам. руководителя управления - начальник отдела Спиридонов И.И.,

члены комиссии: - главный специалист-эксперт Хлыкина М.Е.,
- ведущий специалист-эксперт Курчангина Н.В.,

рассмотрев дело № 6728/05-2010 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе по факту распространения рекламы магазина «Оникс» в эфире радиостанции «Дорожное радио» (частота вещания 103,5 МГц), содержащей признаки нарушения ч. 11 ст. 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Федеральный закон «О рекламе»),

в присутствии представителей заинтересованных лиц:

- общества с ограниченной ответственностью «Дельта» (далее - ООО «Дельта»), расположенного по адресу: г. Нижний Новгород, ул. Полтавская, д. 53, оф.б, - представитель не явился, о месте и времени рассмотрения дела общество уведомлено надлежащим образом;

- общества с ограниченной ответственностью «Фабрика безупречной рекламы» (далее - ООО «ФБР»), расположенного по адресу: г. Ульяновск, ул. Гончарова, д. 23, -;

- общества с ограниченной ответственностью «Инсайт-Инфо» (далее - ООО «Инсайт-Инфо»), расположенного по адресу: г. Ульяновск, ул. Гончарова, д. 23, -;

УСТАНОВИЛА:

В ходе осуществления текущего контроля за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе специалистами Ульяновского УФАС России установлен факт распространения в эфире радиостанции «Дорожное радио» - Ульяновск» (103,5 FM) рекламы магазина «Оникс» с использованием музыкального произведения - песни «Лунные ночи» Алены Апиной, а также BAKKER D.A., MAK RONALA DAVE, LUIKINGA W, содержащей признаки нарушения ч. 11 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» (служебная записка № 387 от 20.09.2010).

Ульяновским УФАС России определением от 23.09.2010 возбуждено дело № 6728/05-2010 по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе. К участию в деле в качестве заинтересованных лиц привлечены ООО «Дельта», ООО «ФБР» и ООО «Инсайт-Инфо». Рассмотрение дела назначено на 13.10.2010.

Определением от 13.10.2010 срок рассмотрения дела № 6728/05-2010 продлен до 23.12.2010, рассмотрение дела назначено на 29.11.2010.

Ульяновским УФАС России направлены запросы для получения разъяснений по обстоятельствам распространения указанной рекламы в Общероссийскую общественную организацию «Российское Авторское Общество» (далее - РАО) (исх. № 5368-05 от 27.10.2010), Общероссийскую общественную организацию «Общество по коллективному управлению смежными правами «Всероссийская Организация Интеллектуальной Собственности» (далее - ВОИС) (исх. № 5367-05 от 27.10.2010) и Общероссийскую общественную организацию «Российский союз правообладателей» (исх. № 5366-05 от 27.10.2010).

В ходе рассмотрения дела № 6728/05-2010 лицами, участвующими в деле, даны следующие пояснения.

В письменном объяснении (вх. № 8978 от 23.11.2010) ООО «Дельта» пояснило, что с целью информирования потребителей о 30%-ных скидках на украшения по заказу ООО «Дельта» частным производителем XXXXXXXX. был изготовлен аудиоролик с рекламой магазина «Оникс» с использованием неустановленного музыкального произведения. Изготовленный аудиоролик магазина «Оникс» был распространен в период с 01 по 31 августа 2010 года в эфире радиостанции «Дорожное радио» - Ульяновск» (103,5 FM) на основании договора на предоставление услуг по изготовлению и размещению рекламной продукции б/н от 01.01.2010, заключенного между ООО «ФБР» (исполнитель) и ООО «Дельта» (заказчик). Лицом, распространившим указанную рекламу является ООО «Инсайт-Инфо», которое принимает на себя ответственность в части получения права использования обнародованных произведений путем сообщения в эфир и выплате вознаграждения правообладателям музыкальных произведений. ООО «Инсайт-Инфо» заключен с РАО лицензионный договор о предоставлении права использования обнародованных произведений путем сообщения в эфир № 474/РВ/10 от 10.02.2010. ООО «Дельта» не осуществляло публичное исполнение рекламной продукции и, следовательно, не нарушало требований действующего законодательства Российской Федерации в области рекламы и авторского права.

В письменном объяснении ООО «ФБР» (вх. № 7799 от 12.10.2010) и представителем общества на заседаниях комиссии 13.10.2010 и 29.11.2010 пояснено, что аудиоролик с указанной рекламой магазина «Оникс» предоставлен непосредственно ООО «Дельта» в готовом виде для размещения в эфире радиопрограммы «Ульяновск - 103,5FM». ООО «ФБР» аудиоролик рекламы не изготавливало. Размещение аудиоролика ООО «Дельта» осуществлялось на основании договора на предоставление услуг по изготовлению и размещению рекламной продукции б/н от 01.01.2010, заключенного между ООО «ФБР» (исполнитель) и ООО «Дельта» (заказчик). В соответствии с п. 5.2 указанного договора заказчик самостоятельно несет полную ответственность за несоответствие содержания рекламных материалов действительности и действующему законодательству. Согласно п. 5.3 договора ООО «Дельта» самостоятельно несет ответственность за нарушение принадлежащих третьей стороне прав, вызванное размещением рекламных материалов заказчика.

Распространение рекламы магазина «Оникс» ООО «Дельта» осуществлялось в эфире радиостанции «Дорожного радио» - Ульяновск», учредителем которого является ООО «Инсайт-Инфо». ООО «Инсайт-Инфо» заключен с РАО лицензионный договор о

предоставлении права использования обнародованных произведений путем сообщения в эфир № 474/ПВ/10 от 10.02.2010. Сведения об использовании музыкального произведения (музыки к песне «Лунные ночи») включены ООО «Инсайт-Инфо» в отчет для РАО за третий квартал 2010 года. Денежные средства в оплату авторского вознаграждения по лицензионному договору перечислены РАО в соответствии с п. 3.2 договора.

В письменном объяснении ООО «Инсайт-Инфо» (вх. № 7799 от 12.10.2010) и представителем общества на заседаниях комиссии 13.10.2010 и 29.11.2010 пояснено, что ООО «Инсайт-Инфо» заключен с РАО лицензионный договор о предоставлении права использования обнародованных произведений путем сообщения в эфир № 474/ПВ/10 от 10.02.2010.

Согласно ч. 3 ст. 1244 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ) организация по управлению правами на коллективной основе, получившая государственную аккредитацию (аккредитованная организация), вправе наряду с управлением правами тех правообладателей, с которыми она заключила договоры в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 1242 ГК РФ, осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми у нее такие договоры не заключены.

Согласно условиям указанного лицензионного договора ООО «Инсайт-Инфо» ежеквартально выплачивает РАО авторское вознаграждение, предоставляет отчеты об использовании музыкальных произведений, а РАО распределяет и выплачивает вознаграждение авторам и иным правообладателям. Сведения об использовании музыкального произведения (музыки к песне «Лунные ночи») включены ООО «Инсайт-Инфо» в отчет для РАО за третий квартал 2010 года. Денежные средства в оплату авторского вознаграждения по лицензионному договору за период с 01.07.2010 по 30.09.2010 перечислены РАО платежным поручением от 28.10.2010. Оплата авторского вознаграждения по лицензионному договору высчитывается со всех видов доходов, в том числе бюджетных ассигнований, полученных обществом за определенный период времени. Таким образом, ООО «Дельта», перечислив денежные средства за размещение рекламы, а ООО «Инсайт-Инфо», уплатив авторское вознаграждение в адрес аккредитованной организации по управлению правами на коллективной основе в сфере управления исключительными правами на обнародованные музыкальные, музыкально-драматические произведения, оплатили вознаграждение и не нарушили законодательство об авторских правах и о рекламе.

Исследовав материалы дела № 6728/05-2010, заслушав пояснения лиц, участвующих в деле, Комиссия приходит к выводу о необходимости признать рекламу магазина «Оникс», распространенную в эфире радиостанции «Дорожное радио» (частота вещания 103,5 МГц), ненадлежащей. При этом Комиссия исходит из следующего.

В июле-августе 2010 года в эфире радиостанции «Дорожное радио» (частота вещания 103,5 МГц) транслировалась реклама магазина «Оникс» следующего содержания.

Звучит мелодия песни в исполнении Мурата Насырова и Алены Апиной «Лунные ночи» и женский голос поет: «Обручальные кольца в магазине «Оникс» с тридцатипроцентными скидками. Счастья «Оникс» желает, «Оникс» всех поздравляет, чтобы жили счастливо вместе вы». Затем говорит мужской голос: «В августе в «Ониксе» скидки на обручальные кольца 30%. Улица Карла Маркса, шесть».

Песня «Лунные ночи» написана в соавторстве Аленой Апиной и BAKKER D.A., MAK RONALA DAVE, LUIKINGA W. Впервые номер-дуэт «Лунные ночи» исполнен А. Апиной и М. Насыровым 01 и 02 апреля 1998 года в концертной программе в ГЦКЗ «Россия» в г. Москва.

Из п. 1 ч. 1 ст. 1225 ГК РФ следует, что результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются, в том числе, произведения науки, литературы и искусства.

В соответствии с ч. 1 ст. 1259 ГК РФ объектами авторских прав являются произведения искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения: музыкальные произведения с текстом или без текста; аудиовизуальные произведения.

Согласно ч. 1 ст. 1229 ГК РФ правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными ГК РФ), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную ГК РФ, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия допускается ГК РФ.

В ответ на запрос Ульяновского УФАС России (исх. № 5368-05 от 27.10.2010) РАО пояснило (исх. № 2-1-11/2641 от 01.11.2010), что лицензионный договор, заключаемый РАО с такой категорией пользователей, как радиостанции, на сообщение в эфир музыкальных произведений предусматривает выдачу разрешения - простую (неисключительную) лицензию на данный способ использования произведений в том виде, в котором их создали авторы (п. 2.4 лицензионного договора). Для правомерного использования произведений в рекламных целях пользователь обязан заключить соответствующий лицензионный договор непосредственно с правообладателями. Правами на аудиовизуальные произведения (фильмы) РАО не управляет, но осуществляет сбор авторского вознаграждения за сообщение в эфир музыкальных произведений в составе аудиовизуальных произведений в соответствии с ч. 3 ст. 1263 ГК РФ.

В соответствии с ч. 1 ст. 1266 ГК РФ не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями (право на неприкосновенность произведения).

В абз. 3 п. 31 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» указано, что переработка произведения предполагает создание нового (производного) произведения на основе уже существующего.

В ответ на запросы Ульяновского УФАС России (исх. № 5366-05 от 27.10.2010 и № 5367-05 от 27.10.2010) ВАИС сообщило (исх. № 1558/10 от 09.11.2010), что звукозапись рекламы магазина «Оникс» (рекламный аудиоролик) представляет собой фонограмму, опубликованную в коммерческих целях с изменениями (переработкой). Создание рекламного ролика с использованием произведения (исполнения фонограммы) представляет собой воспроизведение указанного произведения, а в случае внесения в них изменений - переделку, переработку. Право на воспроизведение и право на переделку относятся к исключительным правам правообладателей (ст.ст. 1270, 1317, 1324 ГК РФ). Следовательно, как изготовление ролика, так и внесение в произведение, исполнение, фонограмму изменений (творческих, то есть переделка, либо любых иных, в том числе технических) допускается не иначе как на основании договора с правообладателями.

Таким образом, переработка и использование музыкального произведения «Лунные ночи» Алены Апиной, а также BAKKER D.A., MAK RONALA DAVE, LUIKINGA W в рекламе магазина «Оникс» без согласия правообладателя нарушает требования гражданского законодательства Российской Федерации.

В соответствии с ч. 11 ст. 5 Федерального закона «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.

В соответствии с п. 4 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Трансляция в эфире радиостанции «Дорожное радио» готового рекламного ролика магазина «Оникс» с использованием музыкального произведения «Лунные ночи» осуществлялось на основании договора на предоставление услуг по изготовлению и размещению рекламной продукции б/н от 01.01.2010, заключенного между ООО «ФБР» (исполнитель) и ООО «Дельта» (заказчик), в соответствии с агентским договором № 01/10 от 01.01.2010 между ООО «ФБР» и ООО «Инсайт-Инфо».

Согласно п.п. 5-7 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» рекламодатель - изготовитель или продавец товара либо иное определившее объект рекламирования и (или) содержание рекламы лицо; рекламопроизводитель - лицо, осуществляющее полностью или частично приведение информации в готовую для распространения в виде рекламы форму; рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

В данном случае, ООО «Дельта» является рекламодателем, а ООО «Инсайт-Инфо» - рекламораспространителем.

Ст. 38 Федерального закона «О рекламе» за нарушение требований ч. 11 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» ответственность на рекламодателя, рекламораспространителя либо рекламопроизводителя не возложена. Однако, согласно ч. 1 ст. 38 Федерального законодательства «О рекламе» нарушение физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе влечет за собой ответственность в соответствии с гражданским законодательством.

Согласно п. 1 ч. 1 ст. 33 Федерального закона «О рекламе» антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе предупреждает, выявляет и пресекает нарушения физическими или юридическими лицами законодательства Российской Федерации о рекламе.

В ходе рассмотрения дела № 6728/05-2010 установлено, что распространение рекламы магазина «Оникс» в эфире радиостанции «Дорожное радио» (частота вещания 103,5 МГц) прекращено.

Учитывая изложенное, руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частями 1-2 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», в соответствии с пунктами 37-45 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать рекламу магазина «Оникс», распространенную в июле-августе 2010 года в эфире радиостанции «Дорожное радио» (частота вещания 103,5 МГц), ненадлежащей, поскольку в ней нарушены требования части 11 статьи 5 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе».

2. Предписание о прекращении нарушения законодательства о рекламе не выдавать, поскольку распространение рекламы прекращено.

Решение изготовлено в полном объеме 10.12.2010.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

Члены Комиссии