

115280, г. Москва,

ул. Ленинская слобода,

д. 26, этаж 4, пом. XXXVII-79,

ком. 1-48

РЕШЕНИЕ по делу № 076/05/18-1178/2020

«05» марта 2021 года
Ярославль

г.

Решение изготовлено в полном объеме «22» марта 2021 года.

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

председатель Комиссии – заместитель руководителя Управления
Гудкевич Е. В.,

члены Комиссии – начальник отдела контроля органов власти и
рекламы Семенюк А. В., главный специалист-эксперт Солодяшкина С. Д.,

рассмотрев дело № 076/05/18-1178/2020 по признакам нарушения законодательства о рекламе по факту распространения рекламного сообщения без согласия абонента по сетям электросвязи с признаками нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

УСТАНОВИЛА:

ООО «Исет Софтвеа», привлеченное к участию в деле в качестве лица, в

действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, на рассмотрение дела не явилось, представителей не направило, уведомлено надлежащим образом.

ООО «Исет Софтвеа» заявлено ходатайство о рассмотрении дела в отсутствие указанного лица.

В соответствии с пунктом 30 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утвержденных Постановлением Правительства Российской

Федерации от 17.08.2006 № 508, Комиссией принято решение о рассмотрении дела в отсутствие указанного лица.

Ярославским УФАС России в связи с поступившим 08 октября 2020 года обращением установлен факт получения сообщения: «Спасибо за установку пробной версии ESET NOD32 Internet Security! Мы предлагаем вам купить годовую лицензию ESET NOD32 Internet Security Воспользуйтесь скидкой 10% на покупку годовой защиты. Во время заказа введите промокод Купить со скидкой 3 причины купить топовый антивирус: Мы вернем вам деньги в случае заражения вашего устройства. Просто купите антивирус и оформите гарантию бесплатно...», 02.10.2020 г. в 14.37 от отправителя «ESET NOD32» на адрес электронной почты без согласия абонента на его получение.

Дело возбуждено по признакам нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»).

Рассмотрев материалы дела, Комиссия пришла к следующим выводам.

Согласно пункту 1 части 1 статьи 3 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе») реклама – информация, распространяемая любым способом, в любой форме и использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование и поддержание интереса к нему, и его продвижение на рынке.

Исходя из содержания рассматриваемой информации, она адресована неопределенному кругу лиц, направлена на привлечение внимания к антивирусной программе ESET NOD32 Internet Security, формирование и поддержание интереса к данным объекту рекламирования и продвижения его на рынке, и, следовательно, эта информация является рекламной.

В соответствии с частью 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без

предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено.

Указанное сообщение получено абонентом без его согласия на получение данной рекламы, что является нарушением требований, установленных в части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

Получение указанного сообщения 02.10.2020 г. в 14.37 от отправителя «ESET NOD32» на адрес электронной почты подтверждается соответствующим скриншотом, предоставленным самим заявителем.

ООО «Исет Софтвеа» в ответ на запрос представило пояснения, в которых указано, что электронная почта была предоставлена обществу пользователем на странице сайта данной организации <https://www.esetnod32.ru> при заполнении заявки для скачивания бесплатной пробной версии антивирусного программного обеспечения, которая была получена и активирована пользователем. Для получения доступа к программному обеспечению, в том числе к бесплатной пробной версии каждому конечному пользователю необходимо заключить лицензионное соглашение, в котором он дает свое согласие получения информации о новых версиях и продлениях программного обеспечения. Доступ к программному обеспечению без предоставления согласия пользователя на обработку персональных данных и получение информации о продлении программного обеспечения и иной рекламной информации о данном программном обеспечении невозможен.

Вместе с тем, в пункте 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", указано, что поскольку Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи, то, следовательно, согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя.

Сам факт направления заявки для скачивания бесплатной пробной версии антивирусного программного обеспечения не подтверждает согласие на получение рекламы, поскольку отражает волеизъявление абонента (или лица, действующего в его интересах) исключительно на получение пробной версии антивирусного ПО, при этом предусмотренное в лицензионном соглашении пользователя автоматически действующее независимо от волеизъявления абонента (или лица, действующего в его интересах) согласие на получение рекламы и порядок направления заявки на сайте вынуждает его (осознанно либо неосознанно) согласиться на получение смс-сообщений рекламного характера в целях получения желаемого антивирусного программного обеспечения.

Согласие абонента на получение рекламы, выраженное любым

способом, должно четко содержать волеизъявление конкретного абонента на получение рекламы от конкретного рекламодателя и должно быть зафиксировано каким-либо образом. В случае отсутствия таких доказательств реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента.

Нахождение подачи заявки для скачивания бесплатной пробной версии антивирусного программного обеспечения в прямой зависимости от дачи согласия на получение рекламы не позволяет расценивать совершение лицом действий в рамках алгоритма по подаче заявки для скачивания бесплатной пробной версии антивирусного программного обеспечения как дачу им своего согласия на получение рекламной рассылки, так как не соответствует его фактическому волеизъявлению. Навязанное против воли абонента согласие будет действовать до тех пор, пока абонент не обратит внимания на не имеющее отношения к подаче заявки для скачивания бесплатной пробной версии антивирусного программного обеспечения условие.

Данное обстоятельство не позволяет признать дачу согласия на получение рекламы описанным выше способом в качестве добровольного волеизъявления.

Кроме того, порядок и способы отказа не прописаны в лицензионном соглашении. В связи с чем, потребитель может быть не осведомлен даже о наличии такой возможности и своем праве на отказ от получения нежелательной рекламы.

При подаче заявки для скачивания бесплатной пробной версии антивирусного программного обеспечения на сайте у потребителя отсутствует возможность добровольного выбора, согласиться на получение рекламы или отказаться.

Добровольность волеизъявления означает, что лицо действительно без каких-либо вынуждающих условий, желает и выражает свое согласие на получение рекламы, даже при наличии одновременной возможности отказаться.

Распространение рекламы в данном случае связано с интересами ООО «Исет Софтвеа», но при этом не должно нарушать права абонента, на добровольное получение информации, а также создавать неудобства, связанные с поиском возможности отказаться от получения навязанной, вопреки воли, рекламы и совершением каких-либо дополнительных действий для отказа.

Аналогичная позиция также содержится в Постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 13.12.2016 г. по делу № А82-574/2016.

Кроме того, в обращении заявителем указано, что заявитель не является

потребителем услуг компании ООО «Исет Софтвеа», не регистрировал себя и свой адрес электронной почты в системе данной организации.

ООО «Исет Софтвеа» не представлено в материалы дела доказательств, позволяющих достоверно установить факт скачивания и установки пробной версии рекламируемого антивирусного оборудования именно владельцем электронной почты .

Согласно части 7 статьи 38 ФЗ «О рекламе» ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 данного закона, несет рекламораспространитель.

В соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 3 ФЗ «О рекламе» рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

ООО «Исет Софтвеа» в письменных пояснениях (вх. № 1108 от 04.02.2021) указало, что документы на распространение рекламы отсутствуют, поскольку данная организация своими силами осуществляла отправку рассматриваемого сообщения.

На основании изложенного, а также имеющихся в материалах дела документов и доказательств, в соответствии с пунктом 7 статьи 3 ФЗ «О рекламе», рекламораспространителем рассматриваемой рекламы является ООО «Исет Софтвеа».

Следовательно, ООО «Исет Софтвеа» как рекламораспространитель рассматриваемой рекламы нарушило требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

В соответствии с пунктом 4 статьи 3 ФЗ «О рекламе» реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации является ненадлежащей.

Ответственность за нарушение требований части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе» предусмотрена частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 ФЗ «О рекламе» и в соответствии с пунктами 4, 37-43, 47 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ненадлежащей рекламу: «Спасибо за установку пробной

версии ESET NOD32 Internet Security! Мы предлагаем вам купить годовую лицензию ESET NOD32 Internet Security Воспользуйтесь скидкой 10% на покупку годовой защиты. Во время заказа введите промокод Купить со скидкой 3 причины купить топовый антивирус: Мы вернем вам деньги в случае заражения вашего устройства. Просто купите антивирус и оформите гарантию бесплатно...», поступившую 02.10.2020 г. в 14.37 от отправителя «ESET NOD32» на адрес электронной почты без согласия абонента на ее получение, поскольку в данном случае нарушены требования части 1 статьи 18 ФЗ «О рекламе».

2. Выдать ООО «Исет Софтвеа» предписание об устранении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Передать материалы дел уполномоченному должностному лицу Ярославского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

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

Председатель Комиссии

Е. В. Гудкевич

Члены Комиссии:

А. В. Семенюк

С. Д.

Солодяшкина