



## УПРАВЛЕНИЕ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ ПО СВЕРДЛОВСКОЙ ОБЛАСТИ

### ОПРЕДЕЛЕНИЕ

о прекращении производства по делу № 066/05/18-4441/2023

21 мая 2024 г.

г. Екатеринбург

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области по рассмотрению дел о нарушениях законодательства о рекламе в составе (Приказ Свердловского УФАС России от 26.01.2024 № 19/24):

председатель Комиссии <...> – заместитель руководителя управления;

члены Комиссии <...> – начальник отдела контроля органов власти;

<...> – заместитель начальника отдела контроля органов власти;

<...> – главный специалист-эксперт отдела контроля органов власти;

рассмотрев в рамках Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, утв. Постановлением Правительства РФ от 24.11.2020 № 1922 (далее – Правила № 1922), дело по признакам нарушения ч.1 и ч.2 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе),

с участием в качестве:

заявителя – <...> (извещен, явка не обеспечена),

лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе - ООО «Инстамарт Сервис»: <...> (по доверенности), ООО «Девино Телеком» (извещено, явка не обеспечена),

### УСТАНОВИЛА:

Дело по признакам нарушения рекламного законодательства возбуждено Определением от 11.12.2023 в отношении ООО «Инстамарт Сервис» на основании сведений, содержащихся в обращении <...>.

Определением от 11.12.2023 рассмотрение дела назначено на 16.01.2024, с отложением на 20.02.2024 в связи с необходимостью получения дополнительной информации.

20.02.2024 рассмотрение данного дела должно было осуществляться с использованием системы видеоконференцсвязи «TrueConf», однако не состоялось в связи с техническим сбоем в работе программного обеспечения. Определением от 20.02.2024 рассмотрение дела назначено на 26.03.2024.

26.03.2024 в рассмотрении дела объявлен перерыв до 02.04.2024 в 11:00, а также 02.04.2024 в рассмотрении дела объявлен перерыв до 08.04.2024 в 12:00 в связи с необходимостью получения дополнительных материалов.

Определением от 08.04.2024 рассмотрение дела отложено в связи с необходимостью привлечения к участию в деле в качестве лица, в действиях которого содержатся признаки

нарушения законодательства о рекламе, ООО «Девино Телеком», необходимостью получения дополнительной информации.

В Управление Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области поступило **обращение** <...> (вх. № 22280-ЭП/23 от 12.10.2023) с жалобой на поступление 06.08.2023 в 10:30 (екатеринбургское время) на абонентский номер 8-904-<...> с номера 8-800-500-22-63 звонка рекламного характера от компании «Сбермаркет», согласие на получение которого заявитель не давал, следующего содержания:

*«- Сергей, добрый день. Меня зовут Аделина, компания «Сбермаркет». Получили ваш отклик на позицию «пеший сборщик-курьер», вы готовы рассмотреть наше предложение?»*

*- Ну, рассказывайте.*

*- Для того, чтобы предоставить больше информации я задам несколько вопросов. Уточните пожалуйста, сколько вам полных лет?»*

*- А, подождите, вы пытаетесь собрать персональные данные, прежде чем что-то объясняете. Сначала объясняете, потом я думаю, подходит мне это или нет.*

*- Просто мне нужно будет задать несколько вопросов для того, чтобы предоставить больше информации.*

*- Просто мне нужно будет задать несколько вопросов, чтобы у меня было больше информации. Ведь это вам нужны мои персональные данные. А у вас данные для всех одинаковые. Итак, что вы предлагаете?»*

*- Предлагаю вам позицию пешего сборщика-курьера, функционал не сложный, ваша задача – забрать готовый заказ из магазина или ресторана и доставить клиенту. Есть заказы, по которым потребуется собрать товары в магазине самостоятельно, за них начисляется повышенная оплата.*

*- Понятно. Вы просто всем случайным людям звоните и предлагаете работу курьером, правильно?»*

*- Нет, я вижу, что вы оставили отклик.*

*- Отклик на что, на звонок на ваш?»*

*- На позицию «пеший сборщик-курьер».*

*- Дело в том, что я нигде не размещал вакансию подобную.*

*- Вообще не оставляли отклик на позиции компании «Сбермаркет» или откликались на другую позицию?»*

*- Смотрите, ваш робот случайно обзванивает людей в рандомном режиме, правильно? Автоматически? И предлагает им работу курьера? Но делает это так, делает вид, как будто кто-то оставлял вакансию в надежде на то, что люди размещали где-то вакансию на каких-то сайтах. На самом деле такого не было. Никаких курьеров. Я согласился выслушать ваш звонок только чтобы узнать, на самом деле это Сбермаркет спам-обзвон устроил по данным из открытых источников, из Интернета. Вы на самом деле Сбермаркет?»*

*- Да.*

*- Ну у вас я смотрю телефон 8-800, ну хорошо. Вы в курсе, зачем звонить людям случайным и бомбить их предложениями о работе, которых они не оставляли нигде. Я понимаю, у вас не хватает курьеров, но зачем же людей спамом бомбить?»*

*- Вижу, что вы вчера оставили отклик. Это все, что я вижу.*

*- Отклик на звонок. Но звонок-то ваш был спамным.*

*- Хорошо, я вас поняла. Спасибо за уделенное время*

*- А куда же вы побежали, подождите! Как же мы этот вопрос утрясем?»*

*- Я предлагаю вам рассмотреть наше предложение, расскажу о нем подробнее.*

*- Скажите, зачем вы обзваниваете случайных людей своим роботом, которые даже не оставляли нигде вакансии всяких этих курьеров?»*

*- На этот вопрос я ответа не знаю.*

*- Как связаться с тем, кто знает?»*

- Это я вам тоже подсказать не могу.

- Подождите, как связаться с вашим менеджером, который эти звонки запустил, по которым вы видите отклик? У вас же есть начальник, вы его знаете?

- Нет, я не знаю.

- Вы не знаете своего начальника?

- Нет.

- Вы сотрудник Сбермаркета?

- Менеджер по подбору персонала.

- Так, кто ваш начальник? Вы же не главный в фирме? Вы просто менеджер по подбору персонала. Зачем же вы врете, что вы не знаете собственного начальника? Это же ложь, вы бесчестный человек.

- Всего доброго...».

Как указал заявитель <...> в своем обращении, «Сбермаркет» звонил якобы по оставленному мной отклику на каком-то сайте, хотя я никаких откликов (тем более для работы пешим курьером) я нигде не оставлял. Они просто включили обзвон по своей базе в надежде, что среди людей попадутся нуждающиеся в работе. И в наглую врут, что абонент что-то где-то оставлял на сайте вакансий или на сайте Сбермаркета (тут непонятно). Я согласился выслушать её дальнейшее предложение только для наказания спамера и чтоб выяснить, правда ли ООО «Инстамарт Сервис» скатился до спама с применением лжи для поиска курьеров из-за их нехватки под предлогом размещения заявки на сайте вакансий, хотя абоненты нигде ничего не размещали.

Пусть покажут, где именно я оставлял запрос на вакансию, чтоб работать у них курьером и как я это подтвердил. Напоминаю, что п.2 ст. 3 ФЗ «О рекламе» под объектом рекламирования подразумеваются, в том числе: средства индивидуализации юридического лица, а также продавец товара, на привлечение внимания к которым направлена реклама. Оператор сразу представилась как «Сбермаркет» ещё перед вопросом, готов ли я её выслушать».

Так же, как указал заявитель, на его абонентский номер 8-904-<...> с короткого номера «Sbermarket» поступили смс-сообщения:

1) 27.11.2022 в 17:54 смс-сообщение «Скидка 600 Р по промокоду pw2257b2. До 04.12 при заказе от 1500 Р»;

2) 03.12.2022 в 13:24 смс-сообщение «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод pw3qn9m2».

SMS явно рассылались автоматически без участия человека, что является нарушением ч.2 ст.18 Закона о рекламе. Участие человека, указанное представителями ООО «Инстамарт Сервис» в суде, является отговоркой, поскольку вообще без участия человека логически невозможны никакие SMS и звонки. Получается, что только первое SMS в рассылке было при участии человека, остальные – без его участия. Работал циклический алгоритм.

Так же в решении Арбитражного суда Свердловской области от 19 июля 2023 года по делу № А60-20432/2023 мне не удалось найти упомянутым 27.09.2023 судьёй апелляционного суда фразы «данная SMS-рассылка не признаётся рекламой». Видимо, судья апелляционного суда что-то напутала. Не было такого. Решение прилагаю. Так что с чем согласился ваш представитель в суде 27 сентября – загадка.

Согласно информации, размещенной на официальном сайте ФГБУ НИИ Радио, абонентский номер 8-800-500-22-63, с которого поступил спорный звонок, относится к оператору связи ООО «Оранж Бизнес Сервисез» (Российская Федерация, ИНН 7710456087).

**ООО «Оранж Бизнес Сервисез»** на запрос Свердловского УФАС России сообщило (вх. № 24795-ЭП/23 от 14.11.2023), что номер КДУ 8-800-500-22-63 был передан Обществу через своего партнера ООО «Манго Телеком» в составе услуги клиенту ООО «Инстамарт Сервис» на основании договора № 70#P011032 от 19.11.2020.

Кроме того, на запрос Свердловского УФАС России о предоставлении материалов, свидетельствующих о содержании поступивших в адрес заявителя <...> иных звонков (в том числе, 05.08.2023) от компании «Сбермаркет», о которых говорится в звонке 06.08.2023 в 10:30, заявитель <...> представил аудиозапись звонка, поступившего 05.08.2023 в 12:33 на абонентский номер 8-904-<...> с номера +7-995-333-78-49, следующего содержания:

«- Алло?

- *Добрый день. Вы оставляли отклик на вакансию «сборщик заказов». Вакансия еще актуальна для вас?*

- *Что за сборщик заказов, напомниме? Алло?*

- *Вакансия «сборщик заказов» компании «Сбермаркет». Скажите, актуальна ли для вас вакансия?*

- *А вы робот или человек?*

- *Я – электронный помощник компании-партнера «Сбермаркет». Скажите, актуальна ли для вас вакансия?*

- *А напомниме, когда я ее оставлял?*

- *Скажите, актуальна ли для вас вакансия?*

- *Блин, да.*

- *Хорошо, я передам ваши контакты специалисту. В ближайшее время с вами свяжутся и все подробно расскажут. До свидания».*

ООО «Инстамарт Сервис» в письменных объяснениях (вх. № 335-ЭП/24 от 10.01.2024), а также на заседании комиссии сообщило следующее.

**1. По вопросу о жалобе звонок 05.08.2023 в 12:33 на абонентский номер 8-904-<...> с номера +7-995-333-78-49 (Звонок 1), а также звонок 06.08.2023 в 10:30 (екатеринбургское время) на абонентский номер 8-904-<...> с номера 8-800-500-22-63 (Звонок 2).**

Общество заключило договор № Д2022-0982 от 18.11.2022 с ООО «Департамент Ф53» (123113, г. Москва, вн.тер.г. Муниципальный округ Пресненский, Наб. Пресненская д.12. этаж 53 пом.1, ком. 14, ОГРН 1217700204864) на оказание услуг по привлечению для Заказчика Валидных Лидов способами, определенными Исполнителем, включая, но не ограничиваясь путем создания рекламных материалов, и/или размещения, рассылки ИМ на Веб-сайтах по поиску работы, социальных сетях. При этом, Валидными Лидами являются переданные Исполнителем в ходе оказания услуг по настоящему Договору данные лица, которые соответствуют требованиям Заказчика, определенным в Приложении, либо Дополнительном соглашении к Договору (п. 1.4 Договора).

Согласно п. 3.2.3 Договора в случае оказания Услуг путем рассылки информационных сообщений Исполнитель к моменту осуществления рассылки заверяет о правомерности рассылки таких сообщений и наличии предварительных согласий от получателей таких сообщений, в том числе на получение рекламы и обработку персональных данных.

Исполнитель несет самостоятельную ответственность за рассылку информационных сообщений без необходимых разрешений, договоров и/или без необходимых согласий.

Для уточнения информации о Звонке 1 Обществом был направлен запрос документов и информации, указанных в Запросе в ООО «Департамент Ф53», на который со стороны последнего была предоставлена следующая информация:

1) Звонок 1 действительно совершался со стороны ООО «Департамент Ф53»;

2) со стороны ООО «Департамент Ф53» не представляется возможным предоставить указанные в Запросе документы в виду утраты информации об этом;

3) факт размещения заявителем резюме с целью поиска работы также подтвержден им лично 06.08.2023 в ходе телефонного разговора с сотрудником компании Общества по имени Аделина, что нашло отражение в расшифровке.

Иной информации или документов со стороны ООО «Департамент Ф53» предоставлено не было. В виду того, Звонок 1 совершался со стороны ООО «Департамент Ф53», содержание

Звонка 1 определялось ООО «Департамент Ф53», на запрос Общества информация предоставлена не была, то предоставить информацию о согласовании макетов, согласий Обществу не представляется возможным.

Общество подтверждает, что Звонок 2 совершался с номера, который используется Обществом после получения информации от ООО «Департамент Ф53» о наличии у абонента заинтересованности в замещении вакансии. Целью Звонка 2 было предложение о сотрудничестве с Обществом в форме оказания услуг по договору сборки и доставки пользователям интернет-сайта <https://sbermarket.ru/> и мобильного приложения «СберМаркет: Доставка продуктов» (далее - Сервис).

Согласно п.п. 1-3 ст. 3 Закона о рекламе:

Реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Таким образом, одним из обязательных признаков рекламы является наличие в ней объекта рекламирования, к которому привлекается внимание для цели его продвижения на рынке.

На основании п.6 ч.2 ст.2 Закона о рекламе, настоящий Закон не распространяется на объявления физических лиц или юридических лиц, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности.

Предпринимательской деятельностью в соответствии с абз.3 п.1 ст.2 ГК РФ является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Так, информация, распространяемая с целью привлечения кадров организациями, деятельность которых не связана с извлечением прибыли от распространения такой информации (например, в виде получения какого-либо вознаграждения от третьих лиц за привлечённые кадры), не является рекламой. К такому выводу пришли суды и органы ФАС РФ по схожим спорам (например, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 21.12.2016 № Ф10-4876/2016 по делу № А48-574/2016; Постановление 11 ААС от 27.07.2022 по делу № А65-28948/2021 в отношении Общества; Постановление Омского УФАС России от 21.10.2019 по делу № 055/04/14.38-855/2019, Определение Челябинского УФАС России от 18.12.2015 по делу № 113-2014).

Судебные органы в спорных ситуациях указывают, что информация, которая содержит сообщение о нуждаемости в сотрудниках, необходимых для оказания юридическим лицом услуг в определённой области, а также предложения о работе, не является рекламой в смысле, придаваемом этому термину Законом о рекламе, **даже при упоминании средства индивидуализации юридического лица**, в связи с тем, что отсутствует объект рекламирования, на привлечение внимания к которому обращена реклама.

Из содержания расшифровки обоих звонков также не следует упоминание какого-либо объекта рекламирования для целей привлечения внимания к нему. Средство индивидуализации «СберМаркет» используется для целей:

– представления лица, совершившего звонок («меня зовут Аделина, компания «СберМаркет»; Я - электронный помощник компании-партнера «СберМаркет»);

– уточнения интереса к вакансии (вакансия «сборщик-заказов» компании «СберМаркет»...актуальна для вас?; оставляли отклик на позиции компании «СберМаркет»?);

– обозначения условий предложения о сотрудничестве: «предлагаю вам позицию пешего сборщика-курьера, функционал не сложный, ваша задача - забрать готовый заказ из магазина или ресторана и доставить клиенту...».

Кроме того, подбор персонала не является уставной деятельностью Общества, такая деятельность не направлена на получение Обществом прибыли от неё. Подбор персонала необходим исключительно для осуществления Обществом своей основной деятельности, в том числе в целях оказания услуг клиентам Сервиса.

Таким образом, в распространяемой посредством телефонных звонков информации средство индивидуализации Общества «СберМаркет» использовалось для иных, не связанных с рекламой целей, а именно: для доведения информации об Обществе как организации, осуществляющей найм персонала, основных функций привлекаемого персонала, и направлению предложения о заключении договора об оказании услуг по договору сборки и доставки пользователям Сервиса.

«Реклама должна влиять на мотивацию потребителя при выборе товара и побуждать его совершить определенные действия в отношении объекта рекламирования, вступить в конкретные правоотношения купли-продажи по поводу рекламируемой продукции. Такая способность является отличительной чертой рекламы» (Постатейный комментарий к Федеральному закону «О рекламе» / Д.С. Бадалов, И.И. Василенкова, Н.Н. Карташов и др. М.: Статут, 2012. 462 с.).

По мнению Общества телефонные звонки, целью которых является информирование об осуществлении Обществом найма персонала, функциях такого персонала, предложение о сотрудничестве, не является распространением информации, способной сформировать интерес к Сервису, побудить лицо воспользоваться услугами Сервиса в качестве потребителя, поскольку в таком информировании отсутствует какая-либо привлекательная для потребителя информация об основной деятельности Сервиса: о товарах, услугах, сайте, акциях, иных характеристиках и предложениях.

Кроме того, со стороны Общества был направлен запрос в ФАС России с вопросом является ли рекламой объявления организаций о наборе персонала, на которых стоит пометка «реклама», идентификатор рекламы, в том числе, распространяемые по договору на распространение рекламы лицами, извлекающими прибыль из привлечения персонала (кадровые агентства).

Со стороны ФАС дан следующий ответ: «Объявления организаций о сотрудничестве, направленные на привлечение партнеров-физических лиц, оказывающих услуги курьера, в том числе по сборке и доставке товаров, содержащие наименование, профиль деятельности, средства индивидуализации организации, преимущества сотрудничества с указанной организацией, в том числе способы стимулирования качества и объема оказываемых такими партнерами услуг, а также сведения о предлагаемой работе, связаны с организацией деятельности предприятия и не направлены на привлечение внимания к товарам, услугам, формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на товарном рынке.»

Копия ответа прилагается к настоящему ответу на Запрос.

**2. По вопросу о направлении на абонентский номер заявителя 8-904-<...> с короткого номера «Sbermarket» смс-сообщений:**

1) 27.11.2022 следующего содержания: «Скидка 600 Р по промокоду nw2257b2. До 04.12 при заказе от 1500 Р»,

2) 03.12.2022 следующего содержания: «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод nw3qn9m2» автоматически, без участия человека, в нарушение ч.2 ст.18 Закона о рекламе.

Общество считает необоснованными доводы заявителя ввиду следующего.

Согласно ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе, не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

Как было указано в Определении ВАС РФ от 16.02.2009 № ВАС-15732/08 по делу № А79-334/2008, Постановлении Президиума ВАС РФ от 31.03.2009 № 15732/08 по делу № А79-334/2008 под запрет, установленный в указанной норме, подпадают как случаи, **когда выбор абонента** (абонентского номера) **осуществляется не человеком**, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком). Рассылка SMS-сообщений в большинстве случаев предполагает деятельность человека, которая заключается в наборе номеров абонентов или **добавление их в список адресатов рассылки. Если выбор абонентских номеров для рассылки SMS-сообщений, содержащих рекламу, производился специалистом, то рекламодателем нельзя признать нарушившим часть 2 статьи 18 Закона о рекламе.**

Так, при направлении Заявителю смс-сообщений на телефонный номер +7-<...> 27.11.2022 следующего содержания: «Скидка 600 Р по промокоду nw2257b2. До 04.12 при заказе от 1500 Р», 03.12.2022 следующего содержания: «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод nw3qn9m2» номер телефона включался в адресаты рассылки специалистами Общества путем формирования списка пользователей, соответствующих определенным критериям, то есть при участии человека, а сам процесс технической доставки направленного смс-сообщения на мобильное устройство Заявителя (загрузка в систему рассылки, направление и доставка на мобильные устройства) уже происходил автоматически. Ввиду того, что база для рассылки формировалась в ноябре 2022-го года, т.е. больше года назад, у Общества сохранилось только описание задачи, но не сам список адресатов.

Таким образом, считать Общество нарушившим ч. 2 ст. 18 Закона о рекламе нет оснований, в связи с чем Общество просит отказать в удовлетворении заявленной жалобы.

### **3. По вопросам, указанным в Запросе:**

**Шаблон текста, используемого при Звонке 1**, не согласовывался Обществом.

**Шаблон текста, используемого при Звонке 2:**

*Приветствие: Добрый день, [Имя кандидата]! Меня зовут [Имя], я звоню насчет работы. Удобно ли вам говорить? (нет? договариваемся о перезвоне)*

*Уточнение актуальности вакансии: Вы откликнулись на вакансию в Сбермаркет. Хотелось бы узнать, актуальна ли эта вакансия для вас?*

*ДА: Отлично, рад(а) слышать! Позвольте уточнить несколько деталей:*

*В каком городе вы проживаете и сколько вам полных лет? (Принимаем от 18-65 лет)*

*Какое у Вас гражданство? (Принимаем РФ)*

*Какую из следующих должностей вы бы предпочли: сборщик заказов или пеший/вело-курьер?*

*Также, давайте удостоверимся в правильности вашего имени и фамилии.*

*[Если возникли вопросы об условиях/требованиях/графике, то инфо в самом низу]*

*Завершение: Спасибо за предоставленную информацию, [Имя кандидата]! В ближайшее время наш региональный менеджер свяжется с вами, чтобы рассказать об условиях и возможностях, а также помочь подготовиться к началу работы. Пожалуйста, будьте на связи. Спасибо за уделенное время и приятного дня!*

*Что такое СберМаркет*

*Онлайн-сервис, который помогает делать покупки, не выходя из дома. Мы сотрудничаем с торговыми сетями METRO, АШАН, «Глобус», «Лента Онлайн», О'КЕЙ, «Магнит» и многими другими.*

*Условия:*

*Требуемый опыт работы: не требуется*

*Частичная занятость, сменный график*

*Я могу сам выбрать своё расписание?*

*Да, можно выбрать удобные дни и время. Также есть возможность работать 5/2 или 2/2.*

*Можно ли выбрать ближайшую к дому точку?*

*Да, вы сами выбираете удобный район.*

*Что нужно делать*

*Сборщик заказов*

*Сборщик выбирает лучшие товары в магазине, внимательно проверяет качество и срок годности продуктов, оплачивает их на кассе, упаковывает и передаёт курьеру. Иногда созванивается с клиентом и договаривается о замене товаров*

*Что мне понадобится?*

*Самозанятость*

*Медицинская книжка*

*Шаблоны текста смс-сообщений:*

*27.11.2022: «Скидка 600 Р по промокоду [ЗНАЧЕНИЕПРОМОКОДА]. До 04.12 при заказе от 1500 Р»;*

*03.12.2022: «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод [ЗНАЧЕНИЕПРОМОКОДА]».*

*Период распространения спорных Звонков 1 и 2 ограничен временем их распространения.*

*Относительно периода распространения смс-сообщений: количество смс-сообщений, направленных 27.11.2022 со следующим содержанием: «Скидка 600 Р по промокоду [ЗНАЧЕНИЕПРОМОКОДА]. До 04.12 при заказе от 1500 Р» было 2 842 000 шт., а 03.12.2022 следующего содержания: «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод [ЗНАЧЕНИЕПРОМОКОДА]» - было 2 925 000 шт.*

*Средства и способы распространения спорной информации: путём использования сетей электросвязи: телефонные звонки (для Звонков 1 и 2) и направление текстовых сообщений (СМС) для СМС сообщений.*

*Территория распространения спорной информации: территория РФ.*

*Материалы, подтверждающие получение согласия заявителя на рекламу: по Звонку 1 отсутствуют у Общества (осуществлялось ООО «Департамент Ф53»), по Звонку 2 отсутствуют, поскольку Общество не считает спорную информацию рекламой по основаниям, изложенным выше.*

*Сведения о лице, определившем содержание спорной информации: по Звонку 1 - ООО «Департамент Ф53», либо иное, привлечённое им для цели оказания услуг лицу; по Звонку 2 и смс-сообщениям – Общество.*

*<...> в письменных пояснениях (вх. № 1535-ЭП/24 от 26.01.2024) сообщил следующее (далее – орфография и пунктуация сохранены).*

*«Касаемо доказательств, что рассылка была без участия человека – пусть предъявят вам людей, которые посылали множество отдельных сообщений вместо запуска автомата рассылки. Само собой, боты на нашей планете пока не достигли того уровня, чтоб формировать рассылки, принимать решения об их запуске и запускать. Потому автоматической считается рассылка, запущенная человеком, но отправляющая каждое отдельное сообщение уже без его участия. И сервис автоматической рассылки, упомянутый мной в обращении, работает именно так. И я понимаю, что вы это всё понимаете. Вам на самом деле не нужны эти объяснения. Решили попридираться – мы с вами опять начнём таскаться по судам, только и всего.*

*Ну так что, «Сбермаркет» предъявит толпу людей, отправляющую их SMSки по одной? А с какой целью вы тогда это написали?*



Касаемо ваших вопросов относительно того же п. 2 ст. 18 насчёт электронных сообщений (как в документе № ДШ/411/24 от 15.01.2024 и подобных): если вы трактуете рассылку только как рассылку SMS – ничего подобного в п. 2 нет. Есть лишь упоминание абонентского номера в контексте «и/или номер». Мой абонентский номер почты – «389890», если вам нужен именно номер. Это номер, так как в нём нет букв. Нигде в этой статье не указано, что рассылка должна быть «только SMS» и что номер «только телефонный». Так же нигде не написано, что рассылка должна быть именно «на номер». Читаем так: «Или набора номера, или средств выбора для иной рассылки без участия человека». Средства выбора выбирают адреса eMail или абонентские номера. И либо дозваниваются, либо делают рассылку без участия человека. Видимо, вы придаёте этому пункту закона свой, удобный вам смысл. Там нет уточнений, на которые вы намекаете. Ну или покажите пожалуйста, где они есть. Чтоб так же конкретно: «только SMS» и «только телефонный».

Рассылка? Рассылка. Автоматическая? Да, потому что толпы бабушек и гастарбайтеров нигде не сидят и не отправляют рекламу по одному отдельному eMail-сообщению. А если вы опасаетесь, что спамеру не понравится подобное прочтение п. 2 ст. 18 ФЗ «О рекламе» – пусть он и бегает по судам. Он же спамер, ему полезно.

Так что я продолжу настаивать во всех своих обращениях, что пункт 2 применим для рассылки ЭЛЕКТРОННОЙ почты по сетям ЭЛЕКТРОСВЯЗИ».

**ООО «Инстамарт Сервис»** в письменных объяснениях (вх. № 3110-ЭП/24 от 15.02.2024) сообщило следующее.

В ответ на запрос информации, указанный в Определении от 16.01.2023 об отложении рассмотрения дела № 066/05/18-4441/2023, ООО «Инстамарт Сервис» направляет следующую информацию и материалы:

1. Скриншот, подтверждающий описание задачи специалистом Общества во внутренней системе постановки задач Jira (коммерческая система постановки и отслеживания задач и управления проектами). Данным скриншотом подтверждается, что до рассылки СМС на телефонный номер +7(904)<...> 27.11.2022 и 03.12.2022 специалист Общества вручную завёл заявку на формирование выгрузки 22.11.2022 в 15:42 (Приложение № 1, Скриншот № 1).

2. Скриншоты, подтверждающие, что рассылка СМС-сообщений с содержанием «Скидка 600 Р по промокоду [Promocode]. До 04.12 при заказе от 1500 Р» была направлена через систему отправки коммуникаций, предоставляемую ООО «Девино Телеком» 27.11.2022 в 15:46 под наименованием «necro\_sms\_5» (Приложение № 2, Скриншот № 2). При этом, добавление контактов осуществлялось вручную через функцию «Импортировать список» и загрузку списка номеров телефонов с компьютера пользователя (Приложение № 2, Скриншот № 3). Так, предварительно, в системе отправки коммуникаций, предоставляемой ООО «Девино Телеком», 27.11.2022 в 15:02 была создана рассылка под наименованием «necro\_sms\_5» с промокодами, имеющими префикс «nw2\*\*\*\*\*» (Приложение № 2, Скриншоты № 4, № 5). В рассылке под наименованием «necro\_sms\_5» в том числе был номер телефона заявителя +7(904)<...> (Приложение № 2, Скриншот № 6).

3. Скриншоты, подтверждающие, что рассылка СМС-сообщений с содержанием «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод [Promocode]» была направлена через систему отправки коммуникаций, предоставляемую ООО «Девино Телеком» 03.12.2022 в 11:17 под наименованием «Auto\_react\_necro\_03.12» (Приложение № 3, Скриншот № 7). При этом, добавление контактов осуществлялось вручную через функцию «Импортировать список» и загрузку списка номеров телефонов с компьютера пользователя (Приложение № 3, Скриншот № 8). Так, предварительно, в системе отправки коммуникаций, предоставляемой ООО «Девино Телеком», 02.12.2022 в 19:09 была создана рассылка под наименованием «Auto\_react\_necro\_03.12» с промокодами, имеющими префикс «nw3\*\*\*\*\*» (Приложение № 3, Скриншоты № 9). В рассылке под наименованием «Auto\_react\_necro\_03.12» в том числе был номер телефона заявителя +7(904)<...> (Приложение № 3, Скриншот № 10).

4. Дополнительно Общество направляет письмо от ООО «Девино Телеком» (исх. № 51 от 13.02.2024), подтверждающее, что рассылки вышеуказанных СМС-сообщений производились вручную, при участии человека, через личный кабинет пользователя. Автоматическая рассылка указанных СМС-сообщений не производилась.

5. Общество не может предоставить объяснения лиц (в формате адвокатского опроса или нотариально заверенных показаний), являющихся работниками ООО «Инстамарт Сервис» и ответственных за формирование и направление 27.11.2022 в 17:54 и 03.12.2022 в 13:24 смс-сообщений, поскольку лицо, формировавшее выгрузку 22.11.2022 в 15:42, содержащую телефонный номер заявителя в настоящее время не исполняет свою трудовую функцию в связи с пребыванием в отпуске по уходу за ребёнком, а лицо, осуществлявшее через личный кабинет ООО «Девино Телеком» загрузку телефонного номера заявителя, в настоящее время не является работником Общества. Установить связь с указанными лицами и понудить их дать показания не представляется возможным.

<...> в письменных пояснениях (вх. № 9053-ЭП/24 от 26.04.2024) сообщил следующее (далее – орфография и пунктуация сохранены).

«1. Раз спамеры не могут назвать людей, которые занимались рассылкой сообщений вручную = не могут доказать факт рассылки сообщений вручную. Считаю, что они выдумали этих людей.

2. Запуск автоматической рассылки сообщений или звонков человеком не является ручной рассылкой данных сообщений и звонков.

3. Представители ООО «Девино телеком» насковзь продажны и бесчестны, поскольку ради денег от ООО «Инстамарт сервис» готовы нарушать собственные правила, которые они опубликовали для клиентов на своём сайте. Файлы переписки в мессенджере «Телеграм» с представителями ООО «Девино телеком» прилагаю. По правилам ООО «Девино телеком» клиентам запрещено проставлять галочки согласия на рекламу за пользователей сайта.

4. Так же уведомляю, что полученное таким способом моё согласие на рекламу не является добровольным, однозначным и сознательным. На самом деле я не давал ООО «Инстамарт сервис» или ООО «Девино телеком» никаких согласий на рекламу, <...> получают согласия пользователей незаконно в обход собственных же правил, в надежде, что в один из многократных посещений их сайта пользователи хоть раз – да когда-нибудь забудут отжать галочку.

5. Так как я являюсь активным противником подобных рассылок – я не мог никому из юрищ, участвующих в данном деле, дать своё согласие добровольно и по своей воле. Требую обязать нарушителей устранить данные нарушения, сделав галочку согласия на рекламные рассылки не выбранной за пользователя и аннулировать все незаконные согласия на рассылки, полученные таким бесчестным незаконным образом, да ещё и против собственных правил».

**ООО «Девино Телеком»** в письменных объяснениях (вх. № 10187-ЭП/24 от 15.05.2024) сообщило следующее.

ООО «Девино Телеком» имеет договорные отношения с ООО «Инстамарт Сервис». ООО «Девино Телеком» предоставляет ООО «Инстамарт Сервис» техническую возможность отправки SMS-сообщений через платформу на основании договора № ДТ-/028538/Д2021-0782 от 01.08.2021 (далее - Договор).

В рамках своей деятельности ООО «Девино Телеком» оказывает услуги по предоставлению доступа к программно-аппаратному комплексу (платформе), которая позволяет Заказчикам осуществлять управление персональными коммуникациями со своими покупателями и клиентами. В числе прочего функционалом платформы предусмотрена возможность *самостоятельной отправки Заказчиком SMS-сообщений* со своей компьютерной сети на телефонные номера абонентов. *Заказчик самостоятельно формирует базу абонентов*, которым он намерен осуществить рассылку SMS-сообщений, путем загрузки базы через «личный кабинет» - многофункциональный виртуальный рабочий стол Заказчика, *доступ в*

который осуществляется после авторизации (п. 1.25 Договора), формирует текст сообщений, определяет время рассылки и инициирует отправку. При регистрации Личного кабинета Заказчик получает авторизационные данные: персональный логин и пароль для входа в Личный кабинет (п. 5.1. Договора). Заказчик инициирует оказание Услуг путем передачи команды на отправку или прием Сообщений через WEB-интерфейс Личного кабинета пользователя (п. 5.2. Договора) посредством загрузки списка номеров телефонов Абонентов вручную, после авторизации в личном кабинете (ввода персонального логина и пароля), с указанием времени рассылки для дальнейшей рассылки Сообщений (авторизация направляемых Сообщений осуществляется посредством идентификации пользователя в Личном кабинете Заказчика). Подключая такую услугу, Заказчик обязуется осуществить рассылки только при наличии предварительного согласия абонентов, подтвержденного документально на основании пункта 3.3.2, Договора, Заказчик в случаях, предусмотренных законом, обязан получить от Абонента, которому Заказчик планирует отправлять сообщение, предварительное согласие, выраженное посредством совершения Абонентом действий, однозначно идентифицирующих этого Абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение сообщения.

Отправителем указанных SMS-сообщений, является ООО «Инстамарт Сервис», зарегистрированное по адресу: 115035, г. Москва, вн. тер. г. муниципальный округ Замоскворечье, Садовническая ул., д. 9а, эт. 5, пом. I, ком. 1 (ИНН 9705118142; КПП 770501001).

Согласно п. 7 ст. 3 Закона о рекламе, рекламодателем признается лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств. ООО «Девино Телеком» не формировало текста не выбирало адресатов и не совершало действий по направлению конечному абоненту. Следовательно, рекламодателем обжалуемых SMS-сообщений является ООО «Инстамарт Сервис», а платформа ООО «Девино Телеком» является лишь техническим средством, с использованием которого клиент осуществил рассылку. ООО «Девино Телеком» не участвует в формировании текста SMS-сообщений и списка получателей для последующей рассылки, не ведет собственную базу номеров получателей.

В соответствии со ст.38 Закона о рекламе ответственность за нарушение ч. 2 ст.18 Закона «О рекламе» несет рекламодатель и рекламопроизводитель.

**Рассмотрев представленные материалы, заслушав доводы и возражения лиц, участвующих в деле, Комиссия Свердловского УФАС России приходит к следующим выводам.**

Под информацией в ст.2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее - Закон об информации) понимаются сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления (п.1), а под распространением информации - действия, направленные на получение информации неопределенным кругом лиц или передачу информации неопределенному кругу лиц (п. 9).

Законодательством Российской Федерации, согласно ч.4 ст.5 Закона об информации, могут быть установлены виды информации в зависимости от ее содержания или обладателя.

Реклама – информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (п. 1 ст. 3 Закона о рекламе).

Объект рекламирования - товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные

на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама (п.2 ст.3 Закона о рекламе).

Товар – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (п.3 ст.3 Закона о рекламе).

Согласно ч.1 ст.18 Закона 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. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Согласно ч.2 ст.18 Закона о рекламе, не допускается использование сетей электросвязи для распространения рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки).

1. 06.08.2023 в 10:30 (екатеринбургское время) на абонентский номер 8-904-<...> с номера 8-800-500-22-63 поступил звонок от компании «Сбермаркет» (далее – Звонок № 2) следующего содержания:

*«- Сергей, добрый день. Меня зовут Аделина, компания «Сбермаркет». Получили ваш отклик на позицию «пеший сборщик-курьер», вы готовы рассмотреть наше предложение?»*

- Ну, рассказывайте.

- *Для того, чтобы предоставить больше информации я задам несколько вопросов. Уточните пожалуйста, сколько вам полных лет?*

- А, подождите, вы пытаетесь собрать персональные данные, прежде чем что-то объясняете. Сначала объясняете, потом я думаю, подходит мне это или нет.

- *Просто мне нужно будет задать несколько вопросов для того, чтобы предоставить больше информации.*

- Просто мне нужно будет задать несколько вопросов, чтобы у меня было больше информации. Ведь это вам нужны мои персональные данные. А у вас данные для всех одинаковые. Итак, что вы предлагаете?

- *Предлагаю вам позицию пешего сборщика-курьера, функционал не сложный, ваша задача – забрать готовый заказ из магазина или ресторана и доставить клиенту. Есть заказы, по которым потребуется собрать товары в магазине самостоятельно, за них начисляется повышенная оплата.*

- Понятно. Вы просто всем случайным людям звоните и предлагаете работу курьером, правильно?

- *Нет, я вижу, что вы оставили отклик.*

- Отклик на что, на звонок на ваш?

- *На позицию «пеший сборщик-курьер».*

- Дело в том, что я нигде не размещал вакансию подобную.

- *Вообще не оставляли отклик на позиции компании «Сбермаркет» или откликались на другую позицию?*

- Смотрите, ваш робот случайно обзванивает людей в рандомном режиме, правильно? Автоматически? И предлагает им работу курьера? Но делает это так, делает вид, как будто кто-то оставлял вакансию в надежде на то, что люди размещали где-то вакансию на каких-то сайтах. На самом деле такого не было. Никаких курьеров. Я согласился выслушать ваш звонок только чтобы узнать, на самом деле это Сбермаркет спам-обзвон устроил по данным из открытых источников, из Интернета. Вы на самом деле Сбермаркет?

- *Да.*

- Ну у вас я смотрю телефон 8-800, ну хорошо. Вы в курсе, зачем звонить людям случайным и бомбить их предложениями о работе, которых они не оставляли нигде. Я понимаю, у вас не хватает курьеров, но зачем же людей спамом бомбить?

- Вижу, что вы вчера оставили отклик. Это все, что я вижу.

- Отклик на звонок. Но звонок-то ваш был спамным.

- Хорошо, я вас поняла. Спасибо за уделенное время

- А куда же вы побежали, подождите! Как же мы этот вопрос утрясем?

- Я предлагаю вам рассмотреть наше предложение, расскажу о нем подробнее.

- Скажите, зачем вы обзваниваете случайных людей своим роботом, которые даже не оставляли нигде вакансии всяких этих курьеров?

- На этот вопрос я ответа не знаю.

- Как связаться с тем, кто знает?

- Это я вам тоже подсказать не могу.

- Подождите, как связаться с вашим менеджером, который эти звонки запустил, по которым вы видите отклик? У вас же есть начальник, вы его знаете?

- Нет, я не знаю.

- Вы не знаете своего начальника?

- Нет.

- Вы сотрудник Сбермаркета?

- Менеджер по подбору персонала.

- Так, кто ваш начальник? Вы же не главный в фирме? Вы просто менеджер по подбору персонала. Зачем же вы врете, что вы не знаете собственного начальника? Это же ложь, вы бесчестный человек.

- Всего доброго...».

На запрос Свердловского УФАС России <...> представил аудиозапись звонка, поступившего 05.08.2023 в 12:33 (о котором говорится в звонке 06.08.2023 в 10:30) на абонентский номер 8-904-<...> с номера +7-995-333-78-49 (далее – Звонок № 1), т.е. предшествующего звонку 06.08.2023 в 10:30, следующего содержания:

«- Алло?

- Добрый день. Вы оставляли отклик на вакансию «сборщик заказов». Вакансия еще актуальна для вас?

- Что за сборщик заказов, напомниме? Алло?

- Вакансия «сборщик заказов» компании «Сбермаркет». Скажите, актуальна ли для вас вакансия?

- А вы робот или человек?

- Я – электронный помощник компании-партнера «Сбермаркет». Скажите, актуальна ли для вас вакансия?

- А напомниме, когда я ее оставлял?

- Скажите, актуальна ли для вас вакансия?

- Блин, да.

- Хорошо, я передам ваши контакты специалисту. В ближайшее время с вами свяжутся и все подробно расскажут. До свидания».

**Звонки №№ 1 и 2 не являются рекламным на основании следующего.**

Согласно п.6 ч.2 ст.2 Закона о рекламе, настоящий Федеральный закон не распространяется на объявления физических лиц или юридических лиц, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности.

Объявления работодателей о приеме на работу с указанием наименования работодателя, профиля деятельности организации, требований к кандидатам и других сведений о предлагаемой работе связаны с комплектацией штата предприятия и не являются рекламой,

поскольку не направлены на привлечение внимания к организации или ее товарам, не имеют цели формирования или поддержания интереса к ним и их продвижения на товарном рынке.

Однако если объявление о вакансии в первую очередь концентрирует внимание на преимуществах компании на рынке реализуемых ею товаров, например, перед описанием условий работы и обязанностей в ней чрезмерно указано о лидирующих позициях компании в своем сегменте или о реализуемых товарах, в том числе с указанием цены, что не связано напрямую с условиями труда, то такая информация может быть признана рекламой.

Таким образом, целью Звонков №№ 1 и 2 было доведение информации о вакансии «сборщик заказов» с указанием наименования работодателя - компании «Сбермаркет» на отклик по данной вакансии. Содержание информации, изложенное в звонках, не направлено на привлечение внимания к компании «Сбермаркет» и/или ее товарам, не описываются преимущества компании «Сбермаркет» и ее товаров, а также работы в ней, не концентрируется внимание на преимуществах указанной компании на рынке и реализуемых ею товаров.

Кроме того, как сообщило ООО «Инстамарт Сервис», в рамках рассмотрения настоящего дела Общество направило в ФАС России запрос о разъяснении являются ли рекламой объявления организаций о наборе персонала, на которых стоит пометка «реклама», идентификатор рекламы, в том числе, распространяемые по договору на распространение рекламы лицами, извлекающими прибыль из привлечения персонала (кадровые агентства).

ФАС России в письме за исх. № 08/111232/23 от 27.12.2023 на запрос ООО «Инстамарт сервис» сообщило следующее.

Объявления организаций о сотрудничестве, направленные на привлечение партнеров-физических лиц, оказывающих услуги курьера, в том числе, по сборке и доставке товаров, содержащие наименование, профиль деятельности, средства индивидуализации организации, преимущества сотрудничества с указанной организацией, в том числе, способы стимулирования качества и объема оказываемых такими партнерами услуг, а также сведения о предлагаемой работе, связаны с организацией деятельности предприятия и не направлены на привлечение внимания к товарам, услугам, формирование или поддержание интереса к ним и их продвижение на товарном рынке.

Однако в отдельных случаях, когда размещаемая информация направлена не столько на информирование потенциальных партнеров, оказывающих услуги по сборке и доставке товаров, о возможности сотрудничества на определенных условиях, сколько на привлечение внимания к конкретному товару, работе, услуге, такая информация должна распространяться в соответствии с требованиями, установленными Законом о рекламе.

Учитывая изложенное, информация о сотрудничестве, направленная на привлечение партнеров, оказывающих услуги по сборке и доставке товаров, не подпадает под понятие рекламы, соответственно, на нее не распространяются положения Федерального закона «О рекламе», если в такой информации не формируется интерес к какому-либо конкретному товару или деятельности организации.

Помимо прочего, информация, распространяемая с целью привлечения кадров организациями, деятельность которых не связана с извлечением прибыли от распространения такой информации (например, в виде получения какого-либо вознаграждения от третьих лиц за привлеченные кадры), не является рекламой. К такому выводу пришли суды и органы ФАС РФ по схожим спорам (например, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 21.12.2016 № Ф10-4876/2016 по делу № А48-574/2016; Постановление 11 ААС от 27.07.2022 по делу № А65-28948/2021; Постановление Омского УФАС России от 21.10.2019 по делу № 055/04/14.38-855/2019, Определение Челябинского УФАС России от 18.12.2015 по делу № 113-2014).

Кроме того, озвученная звонящим информация в Звонке № 2 дополнительно постольку не носит рекламный характер, поскольку получена в качестве ответа на активные действия <...> – ответ «Блин, да» на постановку вопроса «Скажите, актуальна ли для вас вакансия?».

В соответствии с п.9 ст.2 Закона об информации, распространение информации - действия, направленные на получение информации неопределенным кругом лиц или передачу информации неопределенному кругу лиц.

Согласно п.8 ст.2 Закона об информации, предоставление информации - действия, направленные на получение информации определенным кругом лиц или передачу информации определенному кругу лиц.

Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения, возникающего по поводу реализации объекта рекламирования.

В данном случае имело место быть не распространение, а предоставление информации.

Следовательно, данная информация в Звонке № 2 не может считаться распространенной среди неопределенного круга лиц по смыслу рекламного законодательства, поскольку была предоставлена заранее определенному лицу по его предварительной просьбе (вопросу).

Таким образом, информация, направленная посредством Звонка № 1 и Звонка № 2, не является рекламой, и, следовательно, на такую информацию положения Закона о рекламе (в том числе, ч.1 ст.18 Закона о рекламе) не распространяются.

2. На абонентский номер 8-904-<...> с короткого номера «Sbermarket» поступили смс-сообщения:

– 27.11.2022 в 17:54 смс-сообщение «Скидка 600 Р по промокоду nw2257b2. До 04.12 при заказе от 1500 Р»;

– 03.12.2022 в 13:24 смс-сообщение «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод nw3qn9m2».

1) Довод <...> относительно направления указанных смс-сообщений без предварительного на то согласия абонента являлся предметом рассмотрения иного дела - № 066/05/18-45/2023, по итогам рассмотрения которого Свердловским УФАС России 12.04.2023 вынесено Определение о прекращении производства по делу на основании п.п. «а» п.40 Правил № 1922 в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Указанное Определение было обжаловано <...> в судебном порядке.

Решением Арбитражного суда Свердловской области от 19.07.2023 по делу № А60-20432/2023 в удовлетворении заявленных требований отказано. Постановлением № 17АП-9877/2023-АК Семнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 28.09.2023 по делу № А60-20432/2023 Решение Арбитражного суда Свердловской области от 19.07.2023 оставлено без изменения, апелляционная жалоба – без удовлетворения.

Указанные судебные акты вступили в законную силу.

2) Довод <...> относительно направления указанных смс-сообщений с применением средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматической рассылки) является несостоятельным на основании следующего.

Согласно п.22.1 ст.2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи), рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи - автоматическая **передача** абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи.

ФАС России на запрос Свердловского УФАС России сообщило (вх. № 26604-ЭП/23 от 04.12.2023, исх. № КТ/101898/23 от 04.12.2023), что факт распространения с использованием сетей электросвязи рекламы с применением средств выбора и (или) набора абонентского

номера без участия человека (автоматического дозвонивания, автоматической рассылки) противоречит ч.2 ст.18 Закона о рекламе, независимо от наличия согласия абонента на получение рекламы.

Так, под запрет, установленный в ч.2 ст.18 Закона о рекламе, подпадают как случаи, когда выбор абонента (абонентского номера) осуществляется не человеком, а техническим устройством, программой, компьютером, машиной, так и случаи, когда набор такого номера осуществляется автоматически, без участия человека (даже если выбор абонентов был произведен человеком).

Указанная позиция подтверждается судебной практикой, в частности Решением Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области по делу № А56-28278/2022, Решением Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-134006/22-17-999.

Между ООО «Инстамарт Сервис» и ООО «Девино Телеком» 01.08.2021 заключен Договор оказания услуг № ДТ-/028538/Д2021-0782, в соответствии с п.2.1 которого ООО «Девино Телеком» берет на себя обязательства по оказанию услуг по предоставлению ООО «Инстамарт Сервис» доступа к личному кабинету на DEVINO Platform (далее – Платформа) для самостоятельной передачи абонентам электронных сообщений, содержащих информационные и/или рекламные материалы ООО «Инстамарт Сервис».

В числе прочего функционалом Платформы предусмотрена возможность **самостоятельной отправки ООО «Инстамарт Сервис» смс-сообщений** со своей компьютерной сети на телефонные номера абонентов.

**ООО «Инстамарт Сервис» самостоятельно формирует базу абонентов**, которым он намерен осуществить рассылку смс-сообщений, путем загрузки базы через «личный кабинет» - многофункциональный виртуальный рабочий стол ООО «Инстамарт Сервис», **доступ в который осуществляется после авторизации** (п. 1.25 Договора), **формирует текст сообщений, определяет время рассылки и инициирует отправку**. При регистрации Личного кабинета ООО «Инстамарт Сервис» получает авторизационные данные: персональный логин и пароль для входа в Личный кабинет (п. 5.1. Договора). ООО «Инстамарт Сервис» инициирует оказание Услуг путем передачи команды на отправку или прием Сообщений через WEB-интерфейс Личного кабинета пользователя (п. 5.2. Договора) посредством **загрузки списка номеров** телефонов Абонентов **вручную**, после авторизации в личном кабинете (ввода персонального логина и пароля), с указанием времени рассылки для дальнейшей рассылки Сообщений (авторизация направляемых Сообщений осуществляется посредством идентификации пользователя в Личном кабинете Заказчика – ООО «Инстамарт Сервис»).

Таким образом, при направлении <...> смс-сообщений на телефонный номер +7-904-<...> 27.11.2022 следующего содержания: «Скидка 600 Р по промокоду nw2257b2. До 04.12 при заказе от 1500 Р», 03.12.2022 следующего содержания: «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод nw3qn9m2» **абонентский номер включался ООО «Инстамарт Сервис» в адресаты рассылки специалистами Общества путем формирования списка пользователей**, соответствующих определённым критериям, то есть **выбор абонентского номера в базы рассылки осуществлялся при участии человека**.

В отличие от ч.1 ст.18 Закона о рекламе, где установлена преодолимая презумпция отсутствия согласия, в ч.2 этой же статьи презумпции применения средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека не установлено. Поэтому бремя доказывания в равной степени возлагается как на рекламодателя, так и на абонента.

ООО «Инстамарт Сервис» в материалы дела представлен скриншот (вх. № 3110-ЭП/24 от 15.02.2024), подтверждающий описание задачи специалистом Общества во внутренней системе постановки задач Jira (коммерческая система постановки и отслеживания задач и управления проектами). Данным скриншотом подтверждается, что до рассылки смс-сообщений на абонентский номер +7-904-<...> 27.11.2022 и 03.12.2022 специалист Общества



вручную завёл заявку на формирование выгрузки 22.11.2022 в 15:42 (Приложение № 1, Скриншот № 1).

Также представлены скриншоты, подтверждающие, что рассылка смс-сообщений с содержанием «Скидка 600 Р по промокоду [Promocode]. До 04.12 при заказе от 1500 Р» была направлена через Платформу, предоставляемую ООО «Девино Телеком», 27.11.2022 в 15:46 под наименованием «necro\_sms\_5» (Приложение № 2, Скриншот № 2).

При этом, **добавление контактов осуществлялось вручную через функцию «Импортировать список»** и загрузку списка номеров телефонов с компьютера пользователя (Приложение № 2, Скриншот № 3).

Так, предварительно, в Платформе, предоставляемой ООО «Девино Телеком», 27.11.2022 в 15:02 была создана рассылка под наименованием «necro\_sms\_5» с промокодами, имеющими префикс «nw2\*\*\*\*\*» (Приложение № 2, Скриншоты № 4, № 5). В рассылке под наименованием «necro\_sms\_5» в том числе был номер телефона заявителя +7-904-<...> (Приложение № 2, Скриншот № 6).

Аналогично представлены скриншоты, подтверждающие, что рассылка смс-сообщений с содержанием «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод [Promocode]» была направлена через Платформу, предоставляемую ООО «Девино Телеком» 03.12.2022 в 11:17 под наименованием «Auto\_react\_necro\_03.12» (Приложение № 3, Скриншот № 7).

При этом, **добавление контактов осуществлялось вручную через функцию «Импортировать список»** и загрузку списка номеров телефонов с компьютера пользователя (Приложение № 3, Скриншот № 8).

Так, предварительно, в Платформе, предоставляемой ООО «Девино Телеком», 02.12.2022 в 19:09 была создана рассылка под наименованием «Auto\_react\_necro\_03.12» с промокодами, имеющими префикс «nw3\*\*\*\*\*» (Приложение № 3, Скриншоты № 9). В рассылке под наименованием «Auto\_react\_necro\_03.12» в том числе был номер телефона заявителя +7-904-<...> (Приложение № 3, Скриншот № 10).

Кроме того, в последующем, ООО «Инстамарт Сервис» в лице своих сотрудников формирует в личном кабинете Платформы текст сообщений, определяет время отправки сообщений и инициирует их отправку.

Таким образом, происходит передача коротких текстовых сообщений с участием человека, при этом степень такого участия в ч.2 ст.18 Закона о рекламе не прописана (занесение данных полностью вручную, копирование базы данных в Платформу человеком и т.п.).

В рассматриваемом случае, рассылка смс-сообщений предполагает деятельность человека на всех этапах, которая заключается в следующем: выбор абонентского номера и занесение его в базу данных рассылки; перенесение базы данных рассылки в Платформу; формирование текста сообщений; определение (установка) времени рассылки и отправка смс-сообщений.

Таким образом, в рассматриваемом случае смс-сообщения (27.11.2022 в 17:54 смс-сообщение «Скидка 600 Р по промокоду nw2257b2. До 04.12 при заказе от 1500 Р»; 03.12.2022 в 13:24 смс-сообщение «Скидка 800 Р на любой заказ от 1600 Р до 04.12. Промокод nw3qn9m2») направлялись без применения средств выбора и (или) набора абонентского номера без участия человека (автоматической рассылки).

Кроме того, каких-либо материалов, подтверждающих заявленные <...> сведения о том, что «смс-сообщения явно рассылались автоматически без участия человека», в материалы дела представлено не было.

В соответствии с п.п. «а» п.40 Правил № 1922, рассмотрение дела подлежит прекращению антимонопольным органом в случае неподтверждения в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

На основании изложенного, руководствуясь ст. ст. 33 - 36 Закона о рекламе, в соответствии с п.п. 40, 41 Правил № 1922, Комиссия

ОПРЕДЕЛИЛА:

Производство по делу на основании п.п. «а» п.40 Правил № 1922 прекратить в связи с неподтверждением в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

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

Председатель комиссии

<...>

Члены комиссии

<...>

<...>

<...>