

Никитченко и Партнеры// практика антимонопольные споры

«Антиконкурентные» нули
в тарифах мобильной связи

- Антимонопольный комитет Украины обязал крупнейших операторов мобильной связи прекратить распространение ненадлежащей рекламы, способной ввести в заблуждение потребителей, о так называемых «нулевых тарифах», которая конкурентным законодательством определена как недобросовестная конкуренция в виде получения неправомерных преимуществ в конкуренции.
- Напомним, что согласно ст. 15¹ Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» к недобросовестной конкуренции относится распространение информации, которая вводит в заблуждение, то есть является сообщением субъектом хозяйствования (в том числе в рекламе) неполных, неточных, неправдивых сведений, в частности как результат избранного способа их изложения, умалчивания отдельных фактов или нечеткости формулировок, которые повлияли или могут повлиять на намерения потребителей относительно приобретения (заказа) товаров, работ, услуг такого субъекта хозяйствования. Информация, которая вводит в заблуждение, может касаться, среди прочего, особенностей реализации товаров, работ, услуг, цены и скидки на них, а также других существенных условий договора.
- Еще в июле 2009 Национальная комиссия по вопросам регулирования связи (НКРС) в следствии рассмотрения обращения ЗАО «Киевстар Дж. Эс. Эм.» приняла Решение № 1579 касательно запрета операторам телекоммуникаций устанавливать тарифы на услуги движимой (мобильной) связи в размере 0,00 грн. за тарифную единицу услуги без учета себестоимости этих услуг и получения прибыли, поскольку такие действия являются нарушением законодательства в сфере телекоммуникаций. Операторы обязаны были привести свою деятельность касательно информирования потребителей о действительной стоимости услуг и установить тарифы в соответствии с законодательством до 01.09.2009.

- Таким образом, вышеуказанные требования АМКУ явились реакцией на неисполнение мобильными операторами Решения НКРС № 1579. Операторы ЗАО «Киевстар Дж. Эс. Эм.», ЗАО «Украинская мобильная связь» (бренд МТС) и ООО «Астелит» (бренд life:)), которые, к слову, в совокупности владеют долей в 93,7 % рынка мобильной связи, обязались добровольно исполнить требования антимонопольщиков и пересмотреть свою маркетинговую политику рекламирования тарифов на услуги связи, так как понимают, что к выдвиганию им обвинений со стороны Комитета о злоупотреблении монопольным положением на рынке – один шаг.
- При этом, по информации АМКУ, касательно трех других провайдеров – ЗАО «Украинские радиосистемы» (бренд Beeline), филии «Утел» ОАО «Укртелеком» и ООО «Голден Телеком» возбуждено расследование, так как указанные игроки рынка отказались добровольно следовать указаниям антимонопольных органов.
- В данной ситуации усматривается тактика использования ЗАО «Киевстар Дж. Эс. Эм.» Решения НКРС № 1579 (с подачи «Киевстара» принято Решение) с целью борьбы руками антимонопольного ведомства с «нулевыми тарифами» своих наибольших конкурентов – ЗАО «Украинская мобильная связь» и ООО «Астелит», а потому и с самими конкурентами, но заодно «привлекли» и других участников рынка.
- Формальное ж основание для включения АМКУ в борьбу с «ненадлежащей рекламой» мобильных провайдеров – упомянутая ст. 15¹ Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции». Кстати, по словам представителей филии «Утел» ОАО «Укртелеком», компания «Утел» вообще никогда не использовала в своей рекламной политике «нулевые тарифы», а поэтому претензии антимонопольщиков к «Утелу» являются, по крайней мере, непонятными.

- Теперь относительно непосредственной редакции ст. 15¹ Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции».
- С анализа данной статьи Закона усматривается, что фактически в любой, в частности телевизионной рекламе, при желании и надлежащей подготовке, можно обнаружить ведомости, которые содержат неполные, неточные или неправдивые данные о происхождении товара, производителе, продавце, способе изготовления, источнике и способе приобретения, реализации, количестве, потребительских свойствах, качестве, комплектности, пригодности к применению, стандартах, характеристиках, особенностях реализации товаров, работ, услуг, цене и скидках, а также о других существенных условиях договора (особенно это актуально для рекламы фармацевтических и косметических товаров, финансовых услуг и др.).
- И не потому, что везде и повсюду рекламодатели желают или бессознательно допускают введения в заблуждение своих потенциальных потребителей, а потому, что испытанные годами методы маркетинга и продвижения товара на рынке объективно не предусматривают размещения всей совокупности информации, которая касается рекламы конкретного товара или услуги, так как за большим количеством информации о товаре теряется конкретное конкурентное преимущество товара, которое рекламодатели потребителю пытаются донести через рекламу.
- Таким образом, фактически любую рекламу за объективными признаками, в частности за способом изложения, можно подвести к «сообщению неполных ведомостей о товаре (в частности о его окончательной цене), что может повлиять на намерения потребителя относительно покупки такого товара», а потому, и под понятие ненадлежащей рекламы. Доказать же, что все эти действия направлены на получение неправомερных преимуществ в конкуренции – и вовсе пустяк.

- Не то, что бы действующая редакция ст. 15¹ Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» давала основания одним игрокам рынка для нечестной, антиконкурентной борьбы против других игроков, но дело «нулевых тарифов», очевидно, стало первой попыткой именно **такого** применения указанной нормы Закона.
- На чем же, в таком случае, может строиться защита мобильных операторов, в случае выдвижения им обвинения об осуществлении недобросовестной конкуренции путем распространения ненадлежащей рекламы?
- Следует с так называемого факта правонарушения (конкретные действия рекламодателя, которые отображены в конечной рекламной продукции – например, полиграфическая реклама в виде флаера), в частности его объективной стороны, выделить отдельные единичные действия, и осуществить их квалификацию на предмет соответствия диспозиции ст. 15¹ Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции».
- Так, указание меньшим шрифтом, в сравнении с остальной частью текста флаера, ведомостей о невключении в цену тарифа НДС и сборов в Пенсионный фонд Украины, не может считаться неполным изложением всей информации об услуге, тарифе (ее окончательной стоимости), в частности, вследствие избранного способа изложения информации о НДС и сборов в Пенсионный фонд, так как объективно такие ведомости в рекламном продукте присутствуют, и зачастую рекламный продукт предусматривает оговорки, согласно которым детальнее об условиях пользования тарифом можно узнать по телефону или на сайте оператора мобильной связи.

- Избранный же способ изложения отдельных частей ведомостей об услуге (тарифе) связанный исключительно с необходимостью надлежащего маркетингового и полиграфического оформления текста рекламы с тем, чтобы донести к потребителям основную цель рекламы – конкурентное преимущество услуги (тарифа). Такой способ изложения рекламы не направлен на введение потребителей в заблуждение, тем более рекламодатель не имеет цели использования указанного способа подачи рекламы для достижения неправомерных преимуществ в конкуренции.
- Так можно продолжать по каждому единичному действию объективной стороны «правонарушения». Следует обратить особое внимание на доказывание отсутствия причинно-следственной связи между распространением рекламного продукта и последствиями его распространения, которые могут заключаться в желании потребителей подключиться к конкретному оператору на условиях рекламируемого тарифа – есть ли такое желание абонентов последствием распространения рекламы, или на выбор потребителя влияли и другие объективные и субъективные факторы – известность и репутация бренда оператора на рынке, неудовлетворенность обслуживанием у предыдущего оператора (в случае перехода абонента к другому оператору), и т.д.
- Вызывает сомнительность и возможность привлечения к ответственности за ненадлежащую рекламу оператора в случае, если абонент перешел с одного тарифа на другой (рекламируемый), при этом «не менял» оператора – будут ли такие действия оператора по распространению «ненадлежащей рекламы» считаться в и в связи с конкуренцией. Видимо нет, так как отсутствует факт привлечения новых клиентов.
- Следует критически оценивать заключения экспертных исследований (которые проводятся, как правило, одним человеком), подготовленных Антимонопольным комитетом, и которые утверждают, что распространенная реклама о тарифах могла ввести, или ввела в заблуждение неограниченное количество потребителей относительно действительной окончательной цены услуги.

- Учитывая специфику деятельности и общепринятые деловые обычаи на рынке предоставления услуг мобильной связи, указанное обстоятельство должно подтверждаться в меньшей мере социологическим опросом потребителей специалистами с соответствующей подготовкой относительно желания воспользоваться тарифом оператора или имением факта такого пользования как следствие распространенной рекламы; причин, которые детерминировали такое желание (в частности, связано ли такое желание с получением неполной информации об окончательной цене услуги), и др.
- Необходимо также тщательно исследовать структуру клиентского портфеля оператора (абонентов, которые пользуются конкретным тарифом), в частности следует установить количество абонентов в общей структуре абонентов, которые раньше не пользовались услугами данного оператора («мигрировали» от конкурентов), а также следует исследовать динамику пользования таким тарифом указанными абонентами (продолжительность, активность), способ распространения пакетов с «нулевыми тарифами».
- Так, зачастую абоненты в течении одного дня «выговаривают» бонусные минуты акционного пакета «нулевого» тарифа (который распространяется бесплатно) и потом продолжают пользоваться услугами своего постоянного оператора, что никак не связано с распространенной рекламой, и является в большей степени человеческим желанием получить возможность позвонить «нашару».

- **Вышеизложенное дает основания для таких выводов:**
- Действующая редакция ст. 15¹ Закона Украины «О защите от недобросовестной конкуренции» хотя и предоставляет большие возможности для борьбы с ненадлежащей рекламой и тем самым – с недобросовестной конкуренцией, однако также дает основания для злоупотреблений со стороны контролирующих органов и самых участников рынка для нечестной конкуренции; дело «нулевых тарифов» стало наглядным примером демонстрации как первого, так и второго;
- Операторам мобильной связи, в рекламной деятельности которых Антимонопольный комитет заподозрил ненадлежащую рекламу, направленную на достижение неправомερных преимуществ в конкуренции, следует тщательно подойти к анализу и последующего опровержения как доказательств, которыми Комитет будет обосновывать принятое решение за результатами расследования, так и наличия самого факта правонарушения в действиях рекламодателя.
- Учитывая отсутствие как таковой правоприменительной и судебной практики касательно ненадлежащей рекламы в конкуренции, следует самостоятельно формировать такую практику, которая не будет допускать достижения субъектами рынка неправомερных преимуществ в конкуренции и нарушений прав потребителей с одной стороны, с одновременным предоставлением субъектам рынка полной свободы, с соблюдением принципов диспозитивности, невмешательства и здоровой конкуренции в формировании и использовании игроками рынка инструментов своей маркетинговой политики и продвижения услуг мобильной связи на рынке – с другой стороны.